DIE KOMMANDITGESELLSCHAFT VOR EINTRAGUNG

– Überlegungen zur Rechtsnatur und zu den Haftungsgrundsätzen –

Inaugural – Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde des
Fachbereichs Rechtswissenschaft der
Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen

vorgelegt von

Gerhard Vigener

aus Attendorn/Westfalen

1978

78 447

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41536516_0082

DIE KOMMANDITGESELLSCHAFT VOR EINTRAGUNG

— Überlegungen zur Rechtsnatur und zu den Haftungsgrundsätzen —

Inaugural – Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde des
Fachbereichs Rechtswissenschaft der
Eberhard-Karls-Universität zu Tübingen

vorgelegt von

Gerhard Vigener

aus Attendorn/Westfalen

1978

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Dekan: Prof. Dr. Martin Heckel

1. Berichterstatter: Prof. Dr. Robert Scheyhing

2. Berichterstatter: Prof. Dr. Klaus-Jürgen Hopt

Datum der mündlichen Prüfung: 6. Februar 1978

Inhaltsverzeichnis

Seite

§ 1 Einleitende Bemerkungen, Überblick über den Gang der Darstellung und Fragestellung 1

1. Einleitende Bemerkungen 1
2. Überblick über den Gang der Darstellung 2
3. Fragestellung 6

§ 2 Geschichte, Rechtsnatur und Entstehen der Kommanditgesellschaft 7

1. Die geschichtliche Entwicklung der KG 7
2. Begriff und rechtliche Einordnung der Kommanditgesellschaft 11
3. Die Haftungsregelung und Organisation als wesentliche Unterscheidungsmerkmale zu anderen Personengesellschaften 15
4. Die Errichtung einer Kommmanditgesellschaft 20
5. Zusammenfassung 27

§ 3 Rechtliche Einordnung der Kommanditgesellschaft vor Eintragung 28

1. Die KG vor Eintragung - Innenverhältnis 29
2. Die Kommanditgesellschaft vor Eintragung - Außenverhältnis 33
3. Zusammenfassung 36

§ 4 Die Rechtsnatur der GmbH-Vorgesellschaft - ein Vergleich 37

1. Die Entwicklung der GmbH-Vorgesellschaft als Vorbild für die Entwicklung der KG vor Eintragung 37

Seite

2. Die Rechtsnatur im Wandel der Rechtsprechung und Literaturmeinungen 38
3. Die in der Rechtsprechung und Literatur erkennbaren Entwicklungslinien 41
4. Zusammenfassung 44

§ 5 Die Haftung in der BGB-Gesellschaft 45
1. Die Gesellschaftsschulden 46
2. Entstehungsgründe der Gesellschaftsschulden 47
3. Die Haftungsobjekte für Gesellschaftsschulden 51
4. Haftungsbeschränkung in der BGB-Gesellschaft 57
5. Zusammenfassung 60

§ 6 Die Kommanditgesellschaft vor Eintragung als BGB-Gesellschaft mit beschränkter Haftung 61
1. Die "stillschweigende" Haftungsbeschränkung beim Kontrahieren einer KG vor Eintragung ohne Grundhandelsgewerbe 61
2. Die Beschränkung des Komplementärs einer KG vor Eintragung in seiner Vertretungsmacht 64
3. Zusammenfassung 67

§ 7 Die Rechtscheinshaftung der Gesellschafter vor Eintragung der Kommanditgesellschaft 68
1. Anwendung bei der Frage des Umfanges der Vertretungsmacht 68
2. Rechtscheinsgrundsätze in dem Fall, in dem eine direkte Haftung der künftigen Kommanditisten als BGB-Gesellschafter nicht gegeben ist 70

Seite

3. Die Haftungsbeschränkung in der Rechtscheinshaftung 74
4. Zusammenfassung 78

§ 8 Die Haftung nach § 176 Abs. 1 HGB 80

1. Voraussetzungen für die Haftung nach § 176 Abs. 1 HGB 80
2. Die Ausgestaltung der Haftung nach § 176 Abs. 1 HGB 84
3. Das Verhältnis zu § 15 HGB 88
4. Sinn und Zweck des § 176 HGB 89
5. Zusammenfassung 92

§ 9 Sinn oder "Un"-Sinn der Sonderbehandlung der Kommanditgesellschaft mit einem Grundhandelsgewerbe nach § 1 Abs. 2 HGB 93

1. Sinn und Zweck der Aufzählung der Grundhandelsgewerbe in § 1 Abs. 2 HGB 94
2. Die Regelung des § 176 Abs. 1 HGB als Grundlage für eine sinnvolle Unterscheidung in "Muß-" und "Sollkaufleute"? 96
3. Entwicklung in der neueren Literatur 98
4. Zusammenfassung 100

§ 10 Die Vor-GmbH u. Co KG 101

1. Die GmbH u. Co KG-Gesellschaft zwischen Kapital- und Personengesellschaft 101
2. Die GmbH u. Co KG vor Eintragung der GmbH 102
3. Die GmbH u. Co KG nach Eintragung der GmbH, aber vor Eintragung der KG 110
4. Zusammenfassung 110

Seite

§ 11 Entwicklung der KG vor Eintragung in Richtung auf eine Vorgesellschaft entsprechend der GmbH-Vorgesellschaft? 111

1. Die Merkmale der GmbH-Vorgesellschaft 111
2. Anwendung der Grundsätze auf die KG vor Eintragung, die ein Grundhandelsgewerbe betreibt 112
3. Besonderheiten bei der Anwendung der Grundsätze auf die KG vor Eintragung, die kein Grundhandelsgewerbe betreibt 115
4. Zusammenfassung und Schluß 117

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
ADHGB	Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch
AktG	Aktiengesetz
AG	Aktiengesellschaft
Anm.	Anmerkung
Aufl.	Auflage
Bayr.ObLG	Bayrisches Oberstes Landesgericht
BB	Betriebsberater
Bd.	Band
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen (amtliche Sammlung)
DB	Der Betrieb
DR	Deutsches Recht
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	GmbH-Gesetz
HansGZ	Hanseatische Gerichtszeitung
h.L; h.M.	herrschende Lehre; herrschende Meinung
JW	Juristische Wochenschrift
KG	Kommanditgesellschaft
KGJ	Jahrbuch der Entscheidungen des Kammergerichts
LM	Lindenmaier - Möhring, Nachschlagwerk des Bundesgerichtshofes in Zivil- und Strafsachen
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
Nds. Rpfl.	Niedersächsischer Rechtspfleger
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OHG	Offene Handelsgesellschaft
OLG	Oberlandesgericht
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (amtliche Sammlung)
ROHG	Reichsoberhandelsgericht

S.	Seite
s. o.	siehe oben
s. u.	siehe unten
WM	Wertpapiermitteilungen
ZPO	Zivilprozeßordnung

Literaturverzeichnis

Ballerstedt	Der gemeinsame Zweck als Grundbegriff des Rechts der Personengesellschaften, JuS 1963, S. 259
Bandasch	Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 2. Aufl, Berlin 1973
Baumbach - Duden	Handelsgesetzbuch, 22. Aufl., München 1972
Baumbach/Hefermehl	Wechselgesetz und Scheckgesetz mit Nebengesetzes, 10. Aufl., München 1970
Beyerle	Der unbeschränkt haftende Kommanditist, Köln, 1976 Gesetzliche Umwandlung einer oHG und KG in eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts, NJW 1972, S. 229 ff. Rechtsschein zu Lasten des Verkehrs durch unberechtigte Firmenführung, Betriebs-Berater 1975, S. 944 ff. Unbeschränkte Haftung des Kommanditisten gemäß § 176 Abs. 1 S. 1 HGB Der Betrieb 1973, S. 557 ff.
Blümich/Falk	Kommentar zum Einkommensteuergesetz, 11. Aufl. München 1977
Böttcher/Beinert/ Hennerkes	GmbH u. Co., Die moderne Unternehmensform, 5. Aufl., Stuttgart - Wiesbaden 1972
Brodmann	GmbH-Gesetz, 2. Aufl., Berlin und Leipzig 1930
Brönner/Bünz	Die GmbH u. Co. KG in Recht und Praxis, 3. Aufl., Freiburg 1975
Canaris	Anmerkungen zu BGH NJW 1973, 1691 in NJW 1974, S. 455 Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, München 1971

Capelle	Handelsrecht, 17. Aufl., München 1975
Drescher/Henze	Wie gründet man eine Kommanditgesellschaft? 8. Aufl., Stuttgart 1969
Düringer/Hachenburg	Das Handelsgesetzbuch, Bd. II, 2 3. Aufl., Mannheim/Berlin/Leipzig 1932
Eck	Vorträge über das Recht des BGB, Berlin 1898
Entwurf	eines Handelsgesetzbuches und Entwurf eines Einführungsgesetzes nebst Denkschrift zu dem Entwurf eines Handelsgesetzbuches und Einführungsgesetzes in der Fassung der dem Reichstag gemachten Vorlage, Berlin 1897
Esser	Schuldrecht, Bd. 2, 4. Aufl., Karlsruhe 1971
Eucken	Grundsätze der Wirtschaftspolitik, 4. Aufl., Tübingen 1968
Fabricius	Grundbegriffe des Handels- und Gesellschaftsrechts, 4. Aufl., Stuttgart 1975 Relativität der Rechtsfähigkeit, München und Berlin 1963 Zur Haftung der BGB-Gesellschaft für unerlaubte Handlungen aus der Geschäftsführung von Gesellschaftern, in Gedächtnisschrift Rudolf Schmidt, 1966, zit. als Gedächtnisschrift
Fikentscher	Schuldrecht, 6. Aufl., Berlin 1976
Fischer	Grenzen für die Anerkennung der faktischen Gesellschaft, NJW 1966, S. 801 ff. Rechtscheinshaftung bei der nicht eingetragenen KG, NJW 1973, S. 2188 ff.
Ganßmüller	Die werbende Vor-GmbH, GmbH-Rdsch. 1953, S. 116

Gierke/Sandrock	Handels- und Wirtschaftsrecht, Bd. 1, 9. Aufl., Berlin 1975
Gierke, von	Handels- und Schiffahrtsrecht, 8. Aufl. Berlin 1958
Hachenburg	Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung, Bd. 1, 6. Aufl., Berlin 1956 zit. als Hachenburg/Schilling; Bd. 1, 7. Aufl., Berlin 1975, zit. als Hachenburg/Ulmer
Hahn, von	Commentar zum Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch, Bd. 2, 2. Aufl., Braunschweig 1883
Haupt, Günter	"Über faktische Vertragsverhältnisse" in Festschrift für Siber, Leipzig, 1943, Bd. II
Henze/Triller	Die GmbH u. Co. KG, 11. Aufl., Stuttgart 1973
Heymann/Kötter	Handelsgesetzbuch, 21. Aufl., Berlin 1971
Hoffmann	Gesamthandsverpflichtungen bei der BGB-Gesellschaft ohne gesamtschuldnerische Haftung der BGB-Gesellschafter, NJW 69, S. 724
Huber	Haftungsprobleme der GmbH u. Co. KG im Gründungsstadium, in Festschrift Hefermehl, München 1976, S. 127 - 158
Hueck	Gesellschaftsrecht, 17. Aufl, München 1975
	Recht der Offenen Handelsgesellschaft 4. Aufl., Berlin - New York 1971
Jacobi	Die Haftung des Kommanditisten und die Eintragung der Haftung in's Handelsregister, Iherings Jahrbücher, Bd. 70, Jena 1921

Kämmerer	Die Rechtsnatur der Offenen Handelsgesellschaft, NJW 1966, S. 801 ff.
Kornblum	Die Auswirkung der "gesetzlichen" Umwandlung einer Kommanditgesellschaft in eine BGB-Gesellschaft auf die Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis der Gesellschafter, BB 1972 1032 Die Haftung der Gesellschafter für Verbindlichkeiten von Personengesellschaften, Frankfurt 1972 Die Rechtsstellung der BGB-Gesellschaft und ihrer Gesellschafter im Zivilprozeß, BB 1970, 1445
Kraft/Kreutz	Gesellschaftsrecht, Frankfurt 1975
Kuhn	Zur werdenden GmbH u. Co. KG in Festschrift Hefermehl, München 1976, S. 159-170
Lang - Weidmüller	Genossenschaftsgesetz, 26. Aufl., Berlin 1951
Lange	Lehrbuch der Körperschaftssteuer, 3. Aufl., Herne/Berlin 1978 Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., Berlin - Heidenberg - New York 1975
Larenz	Schuldrecht, Besonderer Teil, Bd. 2 11. Aufl., München 1977
Lehmann	Gesellschaftsrecht, 2. Aufl., Berlin und Frankfurt 1959
Lehmann/Dietz	Gesellschaftsrecht, 3. Aufl., Berlin und Frankfurt 1970
Medicus	Bürgerliches Recht, 7. Aufl., Köln 1975
Möschel	Das Außenverhältnis der fehlerhaften Gesellschaft, in Festschrift für Hefermehl, München 1976

Nicknig	Die Haftung der Mitgesellschafter einer BGB-Gesellschafter für Gesellschaftsschulden, Köln 1972
Paulick	Handbuch der stillen Gesellschaft, Köln, 1971
Nitschke	Die körperschaftlich strukturierte Personengesellschaft, Bielefeld 1970
Reichsgerichtsräte	- Kommentar zum BGB, Bd. II, 11. Aufl. Berlin 1960, zit. als RGRK - Fischer
Reichsgerichtsräte	- Kommentar zum HGB Bd. I, 3. Aufl., Berlin 1967, zit. als RGRK - Brüggemann Bd. II, 2. Aufl., Berlin 1950, zit. als RGRK - Weipert Bd. II / 1, 3. Aufl., Berlin 1973, zit. als RGRK - Fischer Bd. II / 2, 3. Aufl., Berlin 1970, zit. als RGRK - Schilling
Rehbein	Das BGB mit Erläuterungen, Berlin 1899
Raisch	Geschichtliche Voraussetzungen, dogmatische Grundlagen und Sinnwandlung des Handelsrechts, Karlsruhe 1965
Reinhardt	Gedanken zum Identitätsproblem bei der Einmanngesellschaft, Festschrift für Heinrich Lehmann zum 80. Geburtstag, Bd. 2, S. 576 ff., Berlin, Frankfurt, Tübingen 1956 Gesellschaftsrecht, Tübingen 1973
Ritter	Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 2. Aufl., München und Berlin 1932

Schlegelberger	Handelsgesetzbuch, Bd. 1, 5. Aufl., München 1973, zit. als Schlegelberger/ Hildebrandt
	Handelsgesetzbuch, Bd. 2, 4. Aufl., Berlin u. Frankfurt 1965, zit. als Schlegelberger/Geßler
Schmidt	Haftungsverhältnisse bei werbender Tätigkeit in den Gründungsstadien der GmbH u. Co., NJW 1975, S. 665 ff.
	Haftungsprobleme der "bürgerlich-rechtlichen Kommanditgesellschaft" Der Betrieb 1973, S. 653 ff.
	Neues zur Haftung der Schein-KG und zur Kommanditistenhaftung bei Sanierungsgründungen, JZ 1974, 220
	Wechselrechtsunfähigkeit einer nichteingetragenen Personengesellschaft mit baugewerblichem Unternehmen? - BGHZ 59, 179, JuS 1973, S. 83 ff.
Scholz	Haftung der Gründergesellschaft, JW 1938, S. 3149
Schwerdtner	Zur Wechselrechtsfähigkeit einer nicht eingetragenen Personengesellschaft mit baugewerblichem Betrieb, JR 1973, 319 ff.
Soergel	Bürgerliches Recht mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, 10. Aufl., 1967, zit. als Soergel - Schultze - v. Lasaulx (§§ 1 - 240), Soergel - Schmidt (§§ 241 - 610) uns Soergel - Schultze - v. Lasaulx (§§ 705 - 757)
Staab	Die Vertretung einer Kommanditgesellschaft durch einen Kommanditisten, BB 1959, S. 435
Staub's	Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Bd. 1 14. Aufl., Berlin u. Leipzig 1933, zit. als Staub - Pinner

Staudingers	Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, 10./11. Auflage, Berlin 1975, zit. als Staudinger/Keßler (§§ 705 - 757)
Stein - Jonas	Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 19. Aufl., Tübingen 1975
Teichmann/Schick	Haftung bei einer als KG auftretenden BGB-Gesellschaft - BGHZ 61, 59, Jus 1975, 18 ff.
Wessel	Ist unser Firmenrecht reformbedürftig? BB 1969, S. 885
Westermann	Gesellschaftsrecht, Handbuch der Personengesellschaften, 1. - 2. Aufl., Köln 1975
Westermann, Harm Peter	Vertragsfreiheit und Typengesetzlichkeit im Recht der Personengesellschaften Berlin - Heidelberg 1970
Wiethölter	Die GmbH u. Co. KG - Chancen und Grenzen, in Aktuelle Probleme der GmbH u. Co. KG, 1967
Zielinski	Grundtypenvermischungen und Handelsgesellschaften, Marburg 1925
Zippelius	Einführung in die juristische Methodenlehre, München 1971

§ 1 Einleitende Bemerkungen, Überblick über den Gang der Darstellung und Fragestellung

1. Einleitende Bemerkungen

In den Jahren 1970 bis 1974 hatte der Bundesgerichtshof mehrfach Fälle zu entscheiden, bei denen das Hauptproblem in der Haftung der zukünftigen Kommanditisten einer in den Gründungsstadien befindlichen Kommanditgesellschaft lag 1.). Die Urteile fanden starke Beachtung und wurden in verschiedenen Aufsätzen kommentiert 2.).

Die Gerichtsurteile und die ihnen nachfolgenden Aufsätze waren für den Verfasser Anlaß, sich mit der Kommanditgesellschaft vor Eintragung zu befassen und vor allem die Rechtsnatur und die Haftungsverhältnisse zu untersuchen. Ziel der Untersuchung soll es sein, die durch die Urteile und Aufsätze aufgetretenen Probleme und Fragen in einen größeren Zusammenhang zu bringen, um so mögliche Änderungen in Rechtsprechung und Literaturmeinungen aufzuzeigen, die zu einer neuen Sicht der Haftung - und darüber hinaus der Rechtsnatur - der Kommanditgesellschaft vor Eintragung führen können.

1.) BGH NJW 1972, 1660; BGHZ 61, 59 = NJW 1973, 1691; BGH NJW 1974, 1905; außer dem BGH hat auch das OLG Frankfurt in diesem Problembereich ein beachtenswertes Urteil gefällt: NJW 1972, 880

2.) Stellvertretend für die Kommentierung hier vorab: Canaris, Anmerkungen zu BGH NJW 1973 in NJW 1974, 455 und
Karsten Schmidt, Haftungsverhältnisse bei werbender Tätigkeit in den Gründungsstadien der GmbH u. Co, NJW 1975, 665

2. Überblick über den Gang der Darstellung

2.1 Bei der Untersuchung der Frage, ob sich die Rechtsnatur einer Gesellschaft gewandelt hat und ob die Haftung innerhalb der Gesellschaft neu gesehen werden muß, bieten sich zwei verschiedene Wege der Darstellung an. Zunächst einmal kann der Ausgangspunkt in der Untersuchung von Einzelfällen liegen. Das würde sich hier deshalb anbieten, da mit den oben genannten höchstrichterlichen Entscheidungen aktuelle Einzelfallösungen vorhanden sind, auf die sich eine Untersuchung aufbauen lassen kann. Die Lösungen dieser aktuellen Einzelfälle wären dann mit den bisherigen Rechtsansichten zu vergleichen. So könnte man zur Beantwortung der Frage gelangen, ob die KG in ihrer Haftung und Rechtsnatur neu gesehen werden muß.

2.2 Der zweite, hier beschrittene Weg, beginnt mit der Beschreibung und Untersuchung der Strukturen der Kommanditgesellschaft, wie sie bisher gesehen wurde. Zum Verständnis der Strukturen trägt ein Abriß der Geschichte der Kommanditgesellschaft bei. Die Darstellung der Gründungsstationen einer Kommanditgesellschaft führt dann zur Rechtsnatur der Gesellschaft vor Eintragung, die im wesentlichen bisher als eine modifizierte BGB-Gesellschaft angesehen wurde 1.).

Der rechtlichen Einordnung der Kommanditgesellschaft vor Eintragung wird zum Vergleich die GmbH - Vorgesellschaft gegenübergestellt, da zu einem späteren Zeitpunkt untersucht werden soll, ob sich die KG vor Eintragung in Richtung auf einen selbständigen Gesellschaftstyp hin entwickelt, wie es bei der GmbH-Vorgesellschaft geschehen ist. Da die Gesellschaft vor Eintragung bisher im wesentlichen als BGB-Gesellschaft angesehen wurde, wird die Darstellung der von der Dogmatik vor-

---

1.) RGRK - Fischer, § 105, Anm. 62 b; RGRK - Schilling, § 161, Anm. 39; Reinhardt, Gesellschaftsrecht, S. 60

gegebenen Strukturen mit einem Überblick über die Haftung in der BGB-Gesellschaft abgeschlossen.

Die Haftung der Kommanditisten der in den Gründungsstadien befindlichen KG und ihre Entwicklung in Rechtsprechung und Literatur stehen im Mittelpunkt der Arbeit. Auf der einen Seite wird die Haftung der Kommanditisten einer Gesellschaft ohne Grundhandelsgewerbe als BGB-Gesellschafter und aus Rechtschein zu behandeln sein. Andererseits soll bei der Prüfung der Haftung der Kommanditisten einer Gesellschaft mit Grundhandelsgewerbe nach § 176 Abs. 1 HGB besonders auf das Problem eingegangen werden, ob diese Norm nur als Ausfluß der Anscheinsvollmacht oder auch als zivilrechtliche Strafvorschrift anzusehen ist. Die unterschiedliche Behandlung der Kommanditisten von Gesellschaften mit und ohne Grundhandelsgewerbe führt dazu, die Frage zu erörtern, ob diese unterschiedliche Behandlung von "Mußkaufmann" und "Sollkaufmann" gerade aus der Sicht der Haftungsverhältnisse bei der KG vor Eintragung heute noch gerechtfertigt ist.

Nach der Darstellung der bisherigen Strukturen der KG vor Eintragung und der Entwicklung im Haftungsbereich soll auf die GmbH u. Co KG vor Eintragung eingegangen werden. Die GmbH u. Co wird als Bindeglied zwischen Personen- und Kapitalgesellschaften angesehen. Bezüglich ihrer Rechtsnatur vor Eintragung ist zu überlegen, ob sie nicht auch als Brücke zwischen der KG vor Eintragung als modifizierter BGB-Gesellschaft und der GmbH-Vorgesellschaft als eigenständigem Gesellschaftstyp angesehen werden kann. Der Abschluß der Untersuchung bezieht sich ebenfalls auf die Rechtsnatur und soll der Beantwortung der Frage dienen, ob die KG vor Eintragung wirklich nur eine BGB-Gesellschaft bzw. schon eine KG ist, oder ob sie sich vor allem in Hinblick auf die neuesten Entscheidungen des BGH und die entsprechenden Literaturmeinungen nicht auf eine Vorgesellschaft, ähnlich der GmbH-Vorgesellschaft, hin entwickelt hat.

2.3 Der hier gewählte Aufbau zwingt dazu, erkannte Entwicklungen immer wieder mit den vorgegebenen Strukturen zu vergleichen und eigene Ergebnisse und Lösungsvorschläge daran zu messen, ob sie sich im Rahmen dieser Entwicklungen bewegen. Er erleichtert damit die Erfüllung der Aufgabe, zu folgerichtigen Lösungen zu kommen und wird daher dem oben beschriebenen, umgekehrten Weg vorgezogen.

2.4 Die gefundene Lösung muß nun nicht nur folgerichtig sein, sondern auch sachgemäß, wobei sich Sachgemäßheit dadurch ergibt, daß man die Sache, um deren Regelung es sich handelt, in ihrer Eigenart und Struktur in Betracht zieht 1.). Um hier also zu sachgerechten Ergebnissen zu kommen, müssen der Sinn des Gesellschaftsrechtes und der einzelnen gesellschaftsrechtlichen Institutionen, die berührt werden, bekannt sein, um im weiteren Vorgehen immer wieder überprüfen zu können, ob dieses oder jenes Ergebnis der Eigenart des Gesellschaftsrechtes entspricht und nicht außerhalb der vorgegebenen gesellschaftsrechtlichen Strukturen liegt.

Das Gesellschaftsrecht gehört zu dem Teil der Rechtsordnung, der sich in erster Linie mit der Förderung und Ordnung von Aktivitäten Privater im Bereich des Wirtschaftsablaufes befaßt. Es bietet Institutionen an, die für die unternehmerische Tätigkeit des Einzelnen Rahmen und rechtliche Grundlage sein können. Insoweit ist das Gesellschaftsrecht u.a. Organisationsrecht 2.). Als solches muß es praktikabel sein, muß klare und gut durchführbare Wege aufzeigen; denn nur dann wird der wirtschaftlich Aktive von diesem Angebot gesellschaftsrechtlicher Möglichkeiten Gebrauch machen.

1.) Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, S. 322
2.) Schlegelberger/Hildebrandt, Einl., I u. IV

Im Zusammenhang mit der Forderung an das Gesellschaftsrecht, praktikable Lösungen anzubieten, steht die Notwendigkeit, daß dieses Recht beweglich sein muß, um so den Bedürfnissen der Wirtschaft nach Schnelligkeit, Freiheit und Universalität gerecht zu werden 1.). Das Gesellschaftsrecht ist besonders eng mit der Wirtschaft verknüpft. Wie die Wirtschaft selbst nie verharren kann, sondern in einem steten Drang nach vorne begriffen ist, so muß auch das Gesellschaftsrecht als Organisationsgrundlage weiter Teile der Wirtschaft in dauernder Fortentwicklung sein 2.).

Sinn und Zweck des Gesellschaftsrechtes ist es aber nicht nur, Institutionen anzubieten, um damit unternehmerische Privatinitiative freizusetzen, sondern auch, diese Privatinitiative Einzelner zu mäßigen 3.). Vor allem die Haftungsregeln zwingen Gesellschaft wie Gesellschafter dazu, schutzwürdige Interessen Dritter - aber auch der Mitgesellschafter - zu respektieren. Das Gesellschaftsrecht hat somit auch den Sinn, einen Interessenausgleich zwischen den am Wirtschaftsleben Beteiligten, sei es als Unternehmer und Anbieter, sei es als Mitgesellschafter oder sei es als Konsument und Kunde, herbeizuführen.

Die sachgerechte Lösung, die im weiteren Vorgehen immer wieder gefunden werden muß, muß also klar und praktikabel sein, neue Entwicklungen berücksichtigen, beweglich und stets darauf hin angelegt sein, im Wirtschaftsleben Interessenausgleiche herbeizuführen.

1.) Gierke/Sandrock, Handels- und Wirtschaftsrecht, 9. Auflage, Band 1, S. 7

2.) so auch Zielinski in "Grundtypenvermischungen und Handelsgesellschaften", Marburg, 1925

3.) Reinhardt, Gesellschaftsrecht, S. 374

3. Fragestellung

Bei der Darstellung der KG vor Eintragung im Allgemeinen, wie auch bei der Untersuchung der Haftungsprobleme im Besonderen, werden folgende Fragen zu prüfen sein:

a) Was ist eine Kommanditgesellschaft vor ihrer Eintragung in das Handelsregister? Wie ist sie rechtlich einzuordnen? Liegt vor der Eintragung lediglich eine BGB-Gesellschaft vor, liegt bei Gesellschaften mit oder ohne Grundhandelsgewerbe nach Abschluß des Gesellschaftsvertrages gleichermaßen schon eine Kommanditgesellschaft vor oder gibt es auch bei der KG eine Art von Vorgesellschaft, wie sie aus dem Aktienrecht oder dem GmbH-Recht bekannt ist?

b) Können vor Eintragung der Gesellschaft Rechte und Verbindlichkeiten begründet werden und wer ist der Inhaber dieser Rechte und Schuldner der Verbindlichkeiten? Werden die Rechte und Verbindlichkeiten lediglich nach dem Recht der BGB-Gesellschaft beurteilt, oder gibt es daneben noch andere Rechtsgrundlagen, wie z.B. die Regelung der Rechtscheinshaftung? Ist bei den Verbindlichkeiten zwischen denen einer Gesellschaft mit Grundhandelsgewerbe und einer Gesellschaft ohne Grundhandelsgewerbe zu unterscheiden?

c) Wenn eine Unterscheidung zwischen Gesellschaften mit und ohne Grundhandelsgewerbe gemacht wird, ist zu fragen, wie diese Unterscheidung begründet wird und ob sie sich heute noch rechtfertigen läßt.

d) Was ist die Bedeutung des § 176 Abs. 1 HGB? Ist in dieser Norm lediglich eine Festschreibung der Rechtscheinhaftung zu sehen, oder ist sie vor allem als zivilrechtliche Strafvorschrift zu charakterisieren?

Zu diesen Fragen, deren Beantwortung die Kommanditgesellschaft im Gründungsstadium in ihrer Problematik verdeutlichen soll, kommt ein Einzelproblem hinzu, das durch die Entscheidung des BGH vom 25.6.1973 1.) aufgeworfen wurde: Die Haftung aus Wechseln, die im Namen einer KG vor Eintragung unterzeichnet und begeben wurden. Die Lösung dieses Spezialproblemes steht teilweise im Zusammenhang mit der Frage nach der Haftung bei der KG vor Eintragung, so daß seine Untersuchung im Rahmen dieser Arbeit gerechtfertigt ist.

§2 Geschichte, Rechtsnatur und Entstehen der Kommanditgesellschaft

1. Die geschichtliche Entwicklung der KG

1.1 Wie schon in der Einleitung ausgeführt, soll der Ausgangspunkt der Untersuchung in der Beschreibung der vorgegebenen Strukturen der Kommanditgesellschaft liegen. Diese Strukturen sind nun nicht plötzlich entstanden, sondern haben eine lange Entwicklung hinter sich. Wenn man heute die Frage beantworten will, ob sich bei der Kommanditgesellschaft - vor Eintragung - eine Entwicklungslinie aufzeigen läßt und wohin die Entwicklung geht, so muß man zum besseren Verständnis der derzeitigen Vorgänge die Vergangenheit dieses Gesellschaftstypes betrachten.

Die Geschichte der KG geht auf die commenda des mittelalterlichen Rechts in den romanischen Ländern zurück 2.). In der commenda stellte ein Partner Waren oder Kapital zur Verfügung (der commendator), während der andere (tractator) seinen Unternehmensgeist und seine Person einsetzte. Die Haftung war so verteilt, daß der commendator nur mit den Waren oder dem

---

1.) BGHZ 61, 59 = NJW 1973, 1691

2.) Hueck, Ges. Recht, Seite 95

eingesetzten übrigen Kapital einstand, während der tractator in voller Höhe persönlich haftete.

Die commenda war in zwei Erscheinungen ausgeprägt: Einmal trat der commendator nach außen hin überhaupt nicht in Erscheinung; aus dieser stillen Beteiligung entwickelte sich die stille Gesellschaft. Zum anderen wurde eine gemeinsame Firma gebildet, unter der beide als Unternehmer auftraten; das war der Vorläufer der KG 1.).

Am Ausgang des Mittelalters fanden sich auch in Deutschland die beiden Formen der commenda. Nach wechselvoller Geschichte wurden sie dann im allgemeinen deutschen HGB von 1861 nebeneinander kodifiziert, woran das deutsche Recht bis heute festgehalten hat.

1.2 Neben dieser langfristigen historischen Entwicklung der KG sind die Gründungsanlässe von Kommanditgesellschaften zu sehen, die auch wieder in zwei Bahnen verlaufen. Viele Kommanditgesellschaften sind dadurch entstanden, daß weitere Gesellschafter in offene Handelsgesellschaften eintraten, die sich nur mit einer Kapitaleinlage beteiligten (z.B. Familienangehörige) 2.) Eine solche Entwicklung ist auch heute immer wieder vor allem in Erbfällen zu betrachten. Das Gesetz hat insoweit ja auch im § 139 HGB eine Regelung vorgesehen, wonach die Erben eines OHG-Gesellschafters im Erbfall Kommanditisten werden.

Der andere Entstehungsgrund für Kommanditgesellschaften liegt auf dem Gebiet des Steuerrechts. Vor dem ersten Weltkrieg wählte man statt der KG die Form der GmbH, um jede persönliche Haftung zu vermeiden. Im ersten Weltkrieg wich man dann

---

1.) Reinhard, Ges. Recht, Seite 118
2.) Reinhardt Seite 118

wegen der Doppelbesteuerung der Kapitalgesellschaften (zum einen unterlagen die Gewinne der Kapitalgesellschaft der Körperschaftsteuer und zum anderen mußte auf die Entnahmen Einkommensteuer gezahlt werden) auf die KG aus.

Danach gab es wieder eine Phase, die in die umgekehrte Richtung wies: Die Sätze der Körperschaftsteuer wurden im Verhältnis zur Einkommensteuer sehr viel niedriger, so daß die Kapitalgesellschaft wegen des Vorteils der Haftungsbeschränkung und der niedrigen Körperschaftsteuer wieder interessanter war. Nach 1933 wurde dann die Körperschaftsteuer im Zusammenhang mit dem Kampf erhöht, den die Nationalsozialisten den "anonymen" Kapitalgesellschaften angesagt hatten, mit der Folge, daß viele Kapitalgesellschaften wieder in Kommanditgesellschaften verwandelt wurden 1.).

1.3 Eine besondere Entwicklung machte die GmbH u. Co KG, eine Form der Kommanditgesellschaft mit einer juristischen Person als persönlich haftendem Gesellschafter. Auf die GmbH u. Co KG werde ich später noch mehrfach besonders eingehen.

Die Entstehung dieser Form, die 1912 durch den Beschluß des Bayr.ObLG, veröffentlicht in KGJ 44, 341, erstmalig anerkannt wurde, ist in der ertragsteuerlichen Doppelbelastung der Kapitalgesellschaften begründet. Das Steuerrecht behandelt Kapitalgesellschaften und Personengesellschaften vor allem auf dem Gebiet des Ertragssteuerrechts völlig verschieden. Macht die Kapitalgesellschaft Gewinne, so unterliegen sie, wie schon oben ausgeführt, der Körperschaftsteuer als der Einkommensteuer der juristischen Personen (§ 1 KStG). Die Dividenden oder anderen Erträge, die von diesen Gewinnen an die Gesellschafter ausgeschüttet werden, werden dann noch

---

1.) Hueck, Ges.Recht, Seite 96

einmal beim einzelnen Gesellschafter von der Einkommensteuer erfaßt (§ 2 III, Ziff. 5, § 20 EstG für Einkünfte aus Kapitalvermögen und § 2 III, Ziff. 4 für Geschäftsführerbezüge). Diese "Doppelbesteuerung" wurde 1910 von verschiedenen deutschen Einzelstaaten eingeführt und fand im Zusammenhang mit den sog. Kriegssteuern allgemeinen Eingang in die Steuergesetze 1.).

Anders ist es bei Personengesellschaften, die selbst nicht Einkommensteuersubjekte sind, bei denen die Gewinne der Gesellschaft unmittelbar bei den Gesellschaftern versteuert werden 2.).

Mit der Gründung einer GmbH u. Co KG erreichte man nun, daß diese Doppelbesteuerung weitgehend vermieden wurde: Die KG betrieb das Unternehmen und machte die Gewinne, die nur einmal von der Einkommensteuer bei den Gesellschaftern erfaßt wurde, während die GmbH geschäftsführende Komplementärin war, bei der Gewinne nur in ganz geringem Umfang anfielen. Gleichzeitig mit diesem steuerrechtlichen Vorteil hatte man den wirtschaftlichen Vorteil, die volle Vermögenshaftung beim Komplementär zu begrenzen.

In der Zeit bis heute ist die Beliebtheit der GmbH u. Co KG mit der jeweiligen Steuergesetzgebung eng verbunden gewesen, eine Entwicklung, wie wir sie teilweise schon im Verhältnis zwischen der GmbH als Kapitalgesellschaft und der KG als Personengesellschaft gesehen haben.

Eine Novellierung des Körperschaftssteuergesetzes zum 1.1. 1977 enthält als wichtigste Änderung die Beseitigung der wirtschaftlichen Doppelbelastung ausgeschütteter Gewinne der

---

1.) Henze/Triller, Die GmbH u. Co KG, Seite 14
2.) Blümich/Falk, Einkommenssteuergesetz, §. 1 Anm. 5

Kapitalgesellschaften. Da die GmbH u. Co. KG vornehmlich zur Vermeidung der steuerlichen Doppelbelastung entstanden ist, könnte die Häufigkeit dieser Gesellschaftsform in den kommenden Jahren zurückgehen. Für viele Gesellschaften wird sich die Frage stellen, ob es nicht zweckmäßiger ist, nunmehr anstatt eine Personengesellschaft zu gründen, die Rechtsform der Kapitalgesellschaft zu wählen. 1.)

2. Begriff und rechtliche Einordnung der Kommanditgesellschaft

2.1 Eine Definition der Kommanditgesellschaft gibt das HGB in § 161 Abs. 1. 2.)

Der erste Halbsatz in § 161 HGB stimmt mit dem ersten Halbsatz des § 105 HGB überein, in dem die oHG beschrieben wird. Die KG ist also mit der oHG verwandt: Sie ist wie die oHG eine Personengesellschaft des Handelsrechtes. Allerdings ist bei ihr das personale Element schwächer ausgeprägt als bei der oHG. Die Kommanditisten sind in ihrer Beteiligung stärker kapitalmäßig orientiert, vor allem die Beschränkung ihrer Haftung weist auf eine gewisse Verwandtschaft mit den Kapitalgesellschaften hin. 3.)

1.) Lange, Lehrbuch der Körperschaftsteuer, S. 22

2.) § 161 Abs. 1 HGB lautet:

"Eine Gesellschaft, deren Zweck auf den Betrieb eines Handelgewerbes unter gemeinschaftlicher Firma gerichtet ist, ist eine Kommanditgesellschaft, wenn bei einem oder bei einigen von den Gesellschaftern die Haftung gegenüber den Gesellschaftsgläubigern auf den Betrag einer bestimmten Vermögenseinlage beschränkt ist (Kommanditisten), während bei dem anderen Teil der Gesellschafter eine Beschränkung der Haftung nicht stattfindet (persönlich haftende Gesellschafter)."

3.) Westermann nennt die Haftungsbeschränkung der Kommanditisten zutreffend "kapitalistischer Einschlag" bei der KG. (Westermann in Handbuch der Personengesellschaften, Teil I, Seite 471)

Wegen dieser Nähe zur Kapitalgesellschaft kann man auch bestimmte Parallelen, jedenfalls wirtschaftliche, mit der stillen Gesellschaft nicht verkennen. Allerdings tritt die Kapitalbeteiligung bei der stillen Gesellschaft nach außen hin nicht in Erscheinung. 1.)

Des weiteren ist die KG handelsrechtliche Personengesellschaft; das bedeutet, daß zum einen der Zweck der Gesellschaft darauf gerichtet sein muß, ein Handelsgewerbe zu betreiben. Nach § 6 HGB hat sie die Rechtsstellung eines Kaufmannes. Notwendig ist allerdings, daß ein Handelsgewerbe i.S. d. §§ 1 - 3 HGB betrieben wird.

Fraglich ist, ob auch die Gesellschafter der Kommanditgesellschaft in ihrer Eigenschaft als Gesellschafter Kaufleute sind. Kaufmannseigenschaft wird von der h.M. jedenfalls den Komplementären zugesprochen. 2.) Begründet wird die Auffassung damit, daß die persönlich haftenden Gesellschafter als Träger aller Rechte und Pflichten wie die Gesellschaft selbst das Handelsgewerbe der Gesellschaft betreiben.

Streitig sind dagegen die Meinungen zu der Frage, ob auch die Kommanditisten in ihrer Gesellschaftseigenschaft Kaufleute sind. Als Kaufleute könnten sie einer strengeren Haftung auch im Rahmen der Haftung für Gesellschaftsschulden unterliegen. Rechtsprechung, sowie ein Teil der Lehre, verneinen das 3.) mit der Begründung, daß die Gesellschaft nicht auf die Namen der Kommanditisten geführt werde, daß die Kommanditisten für Verbindlichkeiten nur mit der Einlage hafteten, daß sie nach dem Gesetz von der Geschäftsleitung ausgeschlossen seien, daß sie nicht zur Vertretung berechtigt seien

---

1.) Hueck, Ges. Recht, Seite 89

2.) RGRK - Schilling, § 161, Anm. 11; RGRK - Fischer, § 105, Anm. 19 a

3.) BGHZ 45, 282; OLG Hamburg, Hans. GZ 1906, Baumbach-Duden, § 1, Anm. 3 B; § 161, Anm. 2 B

und daß für sie keine Wettbewerbsverbote bestünden. Bei einer so beschränkten Rechtsstellung aber könne nicht mehr die Rede davon sein, daß die Kommanditisten die Geschäfte der Gesellschaft mitbetrieben 1.).

Ein anderer Teil der Literatur bejaht die Kaufmannseigenschaft der Kommanditisten, da man bei der Ablehnung mit der gesamthänderischen Rechtszuständigkeit der Gesellschafter hinsichtlich der Firma der KG in Schwierigkeiten komme - da nur ein Kaufmann eine Firma haben könne, könne die Gesellschaftsfirma nicht allen Gesellschaftern zur gesamten Hand zustehen, andererseits könne aber ein einzelner Bereich nicht aus der Gesamthand ausgegliedert werden - und da § 1 HGB nicht zu entnehmen sei, daß nur der Kaufmann sein könne, der unbeschränkt hafte 2.).

Brüggemann meint zudem, daß der Kommanditist Mitträger des Gesellschaftsvermögens und somit des gemeinschaftlichen Unternehmens sei. Auch trete der Kommanditist nach außen hin durch die Registereintragung hervor, so daß daher auch ihm die Kaufmannseigenschaft zugebilligt werden müsse 3.).

Eine dritte Auffassung geht dahin, daß die Kommanditisten im Verhältnis zu den Mitgesellschaftern, zur Gesellschaft selbst und zu den Gesellschaftsgläubigern als Kaufleute angesehen werden, wogegen alle Vorschriften, die eine unmittelbare Beteiligung im Handeslgewerbe voräussetzen, nicht für Kommanditisten gelten 4.).

Hier ist der klaren Linie des BGH zu folgen. Die BGH-Auffassung hat den Vorzug, daß nicht unnötig Dinge in das HGB hineingelesen werden, die dort nach der bisherigen Interpretation des Gesetzgebers nichts zu suchen haben. Das Nichtausfüllen dieser möglichen Gesetzeslücke führt auch nicht zu

---

1.) BGHZ 45, 282

2.) Ballerstedt, Der gemeinsame Zweck als Grundbegriff des Rechts der Personengesellschaften, JuS 63, 259

3.) RGRK - Brüggemann, § 1 HGB, Anm. 18

4.) v. Gierke, § 37, VII, 2; Hueck, Ges. R., S. 94

unbilligen oder unsinnigen Lösungen, wie die Entscheidung des BGH vom 2.6.1966 zeigt 1.).

Die Kommanditgesellschaft ist Gesamthandsgemeinschaft 2.). Das bedeutet, daß es ein Gesellschaftsvermögen gibt, an dem den einzelnen Gesellschaftern ein Anteil zusteht. Dieses Gesellschaftsvermögen ist als Einheit zu sehen. Anteil am Gesellschaftsvermögen bedeutet nicht, daß dem einzelnen Gesellschafter auch ein Anteil an den verschiedenen Gegenständen des Vermögens zustünde. Daher ist den Gesellschaftern jede Möglichkeit genommen, über "Anteile" an den jeweiligen Gegenständen zu verfügen 3.). Die Verfügung über einzelne Vermögensgegenstände kann nur im Namen aller Gesellschafter erfolgen. Darüber hinaus ist das Gesellschaftsvermögen dem Zugriff der Privat-Gläubiger des Gesellschafters entzogen 4.).

2.2 Die Kommanditgesellschaft besitzt keine eigene Rechtspersönlichkeit 5.). Damit steht sie im Gegensatz zur GmbH oder AG. Fraglich ist allerdings, ob man ihr nicht eine gewisse "Teilrechtsfähigkeit" zusprechen kann. Fabricius nennt OHG und KG "Teilpersonen mit Teilrechtsfähigkeit" 6.). In Bezug auf die Parteifähigkeit, Konkursfähigkeit, Deliktsfähigkeit und grundbuchrechtliche Eintragungsfähigkeit sieht er sie mit Blick auf § 124 Abs. 1 HGB als juristische Person an. Anders interpretiert Kämmerer § 124 Abs. 1 HGB. Nach seiner Meinung gewährt § 124 Abs. 1 keine Teilrechtsfähigkeit, sondernRechtsträgerschaft auf vier Gebieten. Die Rechtsträgerschaft sei fakultativ: Die vertretungsberechtigten Gesellschafter könnten wahlweise im Namen aller Gesellschafter

---

1.) BGHZ 45, 282
2.) Lehmann/Dietz, Gesellschaftsrecht, Seite 130
3.) Hueck, Gesellschaftsrecht, Seite 17
4.) Hueck, Gesellschaftsrecht, Seite 19
5.) Lehmann/Dietz, S. 130; RGZ 79, 143; Schlegelberger-Geßler, § 161, Anm. 2; RGRK - Weipert, § 161, Anm. 2
6.) Fabricius, Relativität der Rechtsfähigkeit, 1963, S. 163

oder unter ihrer Firma auftreten. Daher könne sich aus § 124 Abs. 1 keine Teilrechtsfähigkeit ergeben, da es nicht in das Belieben der handelnden Gesellschafter gestellt werden könne, die Rechtsfähigkeit anzunehmen oder abzulegen.
Auf der anderen Seite aber gehe § 124 Abs. 1 HGB über die Gedeutung des § 17 HGB hinaus. Der Ausweg liege darin, daß man vom Wortlaut der Norm ausgehen müsse, wonach nicht die "Gesellschafter", sondern die "OHG" ermächtigt werde, unter ihrer Firma einzelne Rechte auszuüben. Zurechnungsendsubjekt der vier subjektiven Rechte sei somit die OHG als organisierte soziale Einheit, die nicht rechtsfähig sei, der mit § 124 Abs. 1 aber die Rechtsträgerschaft bezüglich der vier subjektiven Rechte des § 124 Abs. 1 zugesprochen würde 1.).

Ob man der OHG und der KG nun eine Teilrechtsfähigkeit oder Rechtsträgerschaft zuerkennt, bleibt für diese Arbeit im Ergebnis gleich. Fest steht jedenfalls, daß die KG zwar keine eigene Rechtspersönlichkeit besitzt, daß sie aber gem. § 124 Abs. 1 HGB teilweise Rechtssubjekten angeglichen ist.

3. Die Haftungsregelung und Organisation als wesentliche Unterscheidungsmerkmale zu anderen Personengesellschaften

3.1 Die Kommanditgesellschaft hat zwei Arten von Gesellschaftern: Komplementäre oder persönlich und unbeschränkt haftende Gesellschafter und Kommanditisten, die in der Regel beschränkt haften. Damit eine KG vorliegen kann, muß mindestens ein unbeschränkt haftender und ein beschränkt haftender Gesellschafter vorhanden sein (§ 161, Abs. 1 HGB).

Der Komplementär haftet, wie schon gesagt, unbeschränkt persönlich. Dadurch entspricht seine Stellung ganz der eines

---

1.) Kämmerer, Die Rechtsnatur der Offenen Handelsgesellschaft, NJW 1966, 801 ff., 803

OHG-Gesellschafters 1.). Seine Haftung richtet sich nach § 128 HGB. Der Gläubiger der Gesellschaft kann also wegen einer Gesellschaftsschuld den Komplementär in Anspruch nehmen. Daneben kann er, da § 124 Abs. 1 HGB anwendbar ist, die KG als solche verklagen und seine Ansprüche auch gegen das Gesellschaftsvermögen richten. § 128 HGB bezieht sich auf Verbindlichkeiten jedes Rechtsgrundes, so auch auf Verbindlichkeiten aus unerlaubter Handlung oder aus öffentlichem Recht 2.). Der Komplementär haftet unmittelbar, d.h., er hat an den Gläubiger zu leisten, eine Leistung an die Gesellschaft zur Befriedigung des Gläubigers reicht nicht aus. Er haftet des weiteren primär, daher braucht sich der Gläubiger nicht zuerst an das Gesellschaftsvermögen wenden. Die Haftung des Komplementärs bezieht sich auf die volle Schuld, er haftet nicht nur anteilmäßig. Als unbeschränkt haftender Gesellschafter haftet er mit seinem gesamten Vermögen und nicht nur mit seiner Einlage 3.).

Auch die Kommanditisten haften unmittelbar und primär mit ihrem Privatvermögen für die gesamte Schuld.

Der Unterschied zu den Komplementären liegt darin, daß die Kommanditisten mit ihrem Privatvermögen nur in Höhe der Einlage unmittelbar haften (§ 171 Abs. 1 HGB). Solange diese Einlage nicht geleistet ist, haften die Kommanditisten den Gesellschaftsgläubigern für Gesellschaftsschulden. Durch die Leistung der Einlage entfällt die Haftung in Höhe des Wertes des Geleisteten 4.). Die Haftung der Kommanditisten entfällt auch, wenn sie einen Gesellschaftsgläubiger in Höhe der Hafteinlage befriedigt haben, wenn sie mit einer Forderung gegen die KG aufgerechnet haben oder wenn sie den Gewinn in Höhe der Hafteinlage stehen lassen 5.)

1.) Lehmann/Dietz, Ges. R., Seite 191
2.) Baumbach - Duden, § 128, Anm. 1 B
3.) Reinhardt, Ges. R., Seite 66
4.) Baumbach - Duden, § 171, Anm. 27
5.) Hueck, Ges. R., S. 102

Wird die Einlage zurückgezahlt, so lebt die Haftung in Höhe des Zurückgezahlten wieder auf (172 Abs. 4). Das gilt auch, wenn ein Kommanditist Gewinnanteile entnommen hat, obwohl sein Kapitalanteil durch Verluste unter den Betrag der geleisteten Einlage herabgemindert war (§ 172 Abs. 4).

3.2 Bei der Vermögenseinlage der Kommanditisten sind "Haftsumme" und "Pflichtsumme" zu unterschieden. Die Haftsumme bestimmt die Höhe der Haftung nach außen gegenüber den Gesellschaftsgläubigern. Sie ist im Handelsregister einzutragen. "Einlage" im Sinne des Gesetzes (§§ 171 Abs. 1, 172, 174 und 175 HGB) ist die Haftsumme. Die Pflichtsumme besteht aus dem Betrag oder Wert, bezüglich dessen sich der Kommanditist seinen Mitgesellschaftern gegenüber verpflichtet, ihn in das Gesellschaftsvermögen einzubringen 1.). Diese Pflichtsumme kann größer oder kleiner sein als die Haftsumme 2.). Das ergibt sich auch aus § 172 Abs. 3, wonach eine Vereinbarung der Gesellschafter, dem Kommanditisten die Einlage zu erlassen, gegenüber den Gläubigern nicht wirksam ist.

3.3 Während das Gesetz dem Komplementär die geschäftliche Leitung und die Vertretung der KG zuweist, ist der Kommanditist von der Vertretung nach § 170 HGB ausgeschlossen, ebenso wie auch von der Geschäftsführung (§ 164 HGB). Nach § 164 HGB hat der Kommanditist das Recht, Handlungen, "die über den gewöhnlichen Betrieb des Handelsgewerbes der Gesellschaft hinausgehen", zu widersprechen. Dieser Wortlaut des Gesetzes ist mißverständlich, da man ihm entnehmen könnte, daß in solchen Fällen der Kommanditist lediglich ein Widerspruchsrecht hätte. In solchen über den gewöhnlichen Betrieb hinausgehenden

---

1.) Lehmann/Dietz, Ges. R., S. 192

2.) RGZ 150, 171; 163, 388

Fällen nehmen Rechtsprechung und Lehre an, daß die Handlung des Komplementärs sogar eines Gesellschafterbeschlusses bedürfen, mit dem die Kommanditisten ihre Zustimmung erteilen. Das Widerspruchsrecht gebe in solchen Fällen den Kommanditisten keine ausreichende Sicherheit gegen ein eigenmächtiges Verhalten des persönlich haftenden Gesellschafters und eine Gefährdung seiner Einlage durch Handlungen, die über den gewöhnlichen Betrieb hinausgingen. Der Komplementär nämlich brauche die Kommanditisten über das Vorhaben nicht zu informieren und könne sie daher vor vollendete Tatsachen stellen 1.). Aus dem Widerspruchsrecht, das § 164 HGB seinem Wortlaut nach gewährt, ist so eine Zustimmungsnotwendigkeit geworden.

Zu § 164 HGB ist des weiteren zu bemerken, daß dispositives Recht enthalten ist 2.). Daher kann der Gesellschaftsvertrag vorsehen, daß dem Kommanditisten die Geschäftsführung obliegt 3.). Ja, die Rechtsprechung geht sogar so weit, daß gleichzeitig dem Komplementär die Geschäftsführung entzogen werden kann 4.).

Nicht dispositiv ist im Gegensatz dazu § 170 HGB, wonach die Kommanditisten von der Vertretung der Gesellschaft ausgeschlossen sind. Aber auch dieser Grundsatz verbietet es nicht, daß im Gesellschaftsvertrag dem Kommanditisten Vollmacht in beliebigerm Umfang erteilt werden darf. So kann der Kommanditist Einzelprokura bekommen. Begründet wird das damit, daß § 170 HGB nur die organschaftliche Vertretung der Gesellschaft meint, neben der eine Bestellung zum Prokuristen durchaus möglich ist 5.). Diese Vertretung der Gesellschaft

---

1.) RGZ 158, 305; Reinhardt, Ges. R., S. 120; Baumbach-Duden, § 164, Anm. 1 B
2.) Baumbach - Duden, § 164, Anm. 1 A
3.) Reinhardt, Ges. R., S. 121
4.) BGHZ 51, 201
5.) so schon RGZ 31, 33, 39

in Form der Prokura ist nun der organschaftlichen Vertretung dadurch sehr weit angenähert, daß die freie Widerruflichkeit der Vertretung des Prokuristen nach §§ 52 HGB und 168 BGB von der Rechtsprechung in Bezug auf den Kommanditisten nicht mehr akzeptiert wird. Das wird damit begründet, daß die Kommanditisten keine Angestellten der Gesellschaft, sondern selbst Gesellschafter seien. Als solchen könne ihnen die Prokura nur entspr. §§ 117, 127 HGB bei Vorliegen eines wichtigen Grundes, allerdings ohne gerichtliches Verfahren, entzogen werden 1.).

3.4 Da, wie oben aufgezeigt, der Kommanditist nach dem Gesellschaftsvertrag alleiniger Geschäftsführer der KG sein kann und zudem nach außen hin unbeschränkte Vertretungsmacht haben kann, dadurch also einem Komplementär gleich ist, ist zu überlegen, ob für ihn noch die beschränkte Haftung als Kommanditist gilt, oder ob er nicht gleich einem Komplementär unbeschränkt persönlich haftet. Staab 2.) ist der Auffassung, daß in einem solchen Falle der Kommanditist unbeschränkt hafte; denn die unbeschränkte Haftung des Komplemantärs beruhe auf dem höchst problematischen und umstrittenen Grundsatz der Wirtschaftsverfassung, daß der leitende Unternehmer auch für seine Betätigung im Wirtschaftsverkehr einzustehen habe. Trete ein Kommanditist als Leitender auf, so sei dieser Grundsatz auch für ihn anzuwenden. Anderer Ansicht sind der BGH, sowie Schilling und neuerdings auch Reinhardt. Das von Staab erwähnte Prinzip der Wirtschaftsverfassung gebe es nicht. Im übrigen verkenne Staab, daß die Regeln über die Geschäftsführung dispositiv seien und das Gesetz bei der KG ein Mindestvermögen des persönlich Haftenden nicht vorschreibe. Daher sei es durchaus denkbar,

---

1.) BGHZ 17, 394

2.) Staab, Die Vertretung einer Kommanditgesellschaft durch einen Kommanditisten, BB 59, 435; Paulich, Handbuch der stillen Gesellschaft S. 101 ff.

daß ein fast vermögensloser Komplementär lediglich sein Kapital und seinen Namen hergebe und der nur beschränkt haftende Kommanditist die Geschäfte der KG leite und sie auch nach außen vertrete 1.).

Der Kommanditist haftet nach dieser Auffassung nur dann unbeschränkt, wenn er nach außen so auftritt, wie wenn er Komplementär wäre, wenn er also den Anschein seiner eigenen unbeschränkten Haftung erweckt und somit gegen die Grundsätze des rechtlichen Geschäftsverkehrs verstößt. Dem BGH und der ihn unterstützenden Literatur ist hier zu folgen, da der "Grundsatz der Wirtschaftsverfassung", den Staab zitiert, zwar als Postulat gesehen werden könnte. Die dispositiven Regelungen über die Geschäftsführung lassen jedoch auch einen Unternehmer denkbar sein, der nicht persönlich haftet. Darüber hinaus soll hier schon erwähnt werden, daß eine Kommanditgesellschaft, die keinen beschränkt haftenden Gesellschafter hat, nicht mehr dem entspricht, was unter einer Kommanditgesellschaft bisher verstanden wurde und was eine Kommanditgesellschaft ausmacht.

4. Die Errichtung einer Kommanditgesellschaft

4.1 Zur Errichtung der KG ist ein Gesellschaftsvertrag notwendig. Fehlt dieser Gesellschaftsvertrag, so genügt auch eine Kundgebung nach außen nicht, die Gesellschaft zum Entstehen zu bringen 2.). Dabei handelt es sich um einen schuldrechtlichen Vertrag. Im Vordergrund auch des Gesellschaftsvertrages steht nämlich die Tatsache, daß sich die Gesellschafter gegenseitig zu Leistungen von Beiträgen zur Förderung des Gesellschaftszweckes verpflichten 3.). Diese gegen-

---

1.) BGHZ 45, 204; RGKG - Schilling, § 164, Anm. 17; Reinhardt, Ges. R., S. 121

2.) Hueck, Gesellschaftsrecht, S. 64

3.) Soergel - Schultze - v. Lasaulx, § 705, Anm. 31

seitigen Verpflichtungen der Gesellschafter charakterisieren den Gesellschaftsvertrag als schuldrechtlichen Vertrag. Ein weiteres Argument für den schuldrechtlichen Vertrag liegt darin, daß über §§ 161 Abs. 2 und 105 HGB § 705 BGB anwendbar ist. §§ 705 ff. BGB sind vom Gesetzgeber in das besondere Schuldrecht des BGB eingeordnet worden.

Auch von der Systematik des BGB her ist daher im Gesellschaftsvertrag ein schuldrechtlicher Vertrag zu sehen 1.).

Bisher umstritten ist die Beantwortung der Frage, ob der Gesellschaftsvertrag auch ein gegenseitiger Vertrag sei. Das Reichsgericht - und ebenso zunächst der BGH - hat die Frage bejaht 2.). Später hat der BGH dann zu dieser Frage nicht mehr Stellung genommen, sondern jeweils im Einzelfall geprüft, ob eine einzelne Bestimmung der §§ 320 ff. BGB anwendbar sei oder nicht 3.). In der Literatur lehnt eine überwiegende Meinung die Anwendung der Normen über den gegenseitigen Vertrag ganz ab 4.). Eine andere Meinung spricht vom gegenseitigen Vertrag, auf den die §§ 320 ff. BGB allerdings nur modifiziert anzuwenden seien 5.).

Der Gesellschaftsvertrag einer KG kann prinzipiell formfrei abgeschlossen werden. Von diesem Grundsatz gibt es mehrere Ausnahmen, die nicht von Regeln des HGB bestimmt werden, sondern durch andere Normen:

- Wenn ein Gesellschafter sich verpflichtet, sein ganzes Vermögen oder einen Teil seines Vermögens in die Gesellschaft einzubringen, schreibt § 311 BGB die notarielle Beurkundung vor.

1.) Hueck, Ges. R., S. 28
2.) RGZ 76, 279; 147, 342; 163, 388; BGH NJW 51, 308
3.) BGH LM Nr. 11 zu § 105 HGB; BGH WM 59, 54
4.) Esser, Schuldrecht, 4. Aufl., Bd. 2, S. 270, 2; Larenz, Schuldrecht, Bd. 2, § 56 I 6; Lehmann/Dietz, Ges. R. S 52
5.) Hueck, Ges. R., S. 28

- Notarielle Beurkundung des Vertrages verlangt auch § 313 BGB, wenn sich ein Gesellschafter verpflichtet, ein Grundstück in die Gesellschaft einzubringen.
- Ist der Gesellschaftsvertrag zugleich Kartellvereinbarung, so ist nach § 34 GWB Schriftform vorgeschrieben.
- Enthält der Gesellschaftsvertrag ein Schenkungsversprechen, so muß er nach § 518 BGB ebenfalls notariell beurkundet sein.

Regelmäßig wird der Gesellschaftsvertrag durch eine ausdrückliche Vereinbarung geschlossen. Eine solche ausdrückliche Vereinbarung ist aber nicht erforderlich. Der Gesellschaftsvertrag kann auch stillschweigend abgeschlossen werden 1.).

Im Gesellschaftsvertrag der Kommanditgesellschaft müssen einige Punkte als Mindestinhalt festgelegt sein. Als wichtigste Forderung ist zu nennen, daß sich die Parteien darüber einig sein müssen, eine Kommanditgesellschaft zu errichten. Darin liegt die Zweckbestimmung, ohne die eine Personengesellschaft nicht entstehen kann 2.). Da die Kommanditgesellschaft Handelsgesellschaft ist, muß der Zweck der zu errichtenden Gesellschaft der Betrieb eines Handelsgewerbes sein 3.). Die zukünftigen Gesellschafter müssen also vereinbaren, eine Gesellschaft zu errichten, die ein Handelsgewerbe betreiben soll und die als Kommanditgesellschaft organisiert ist. Des weiteren muß im Gesellschaftsvertrag niedergelegt sein, daß es Pflicht der Gesellschafter ist, den gemeinsamen Zweck zu fördern (§ 705 BGB) 4.).

1.) BGHZ 11, 192; Reinhardt, Ges. R., S. 35; Westermann Handbuch, I, S. 53
2.) RGJW 1930, 2655
3.) Westermann, Handbuch, I, S. 59
4.) Dazu für weitere: BGH NJW 51, 308

Nicht notwendig ist, daß bestimmt wird, wie der Zweck im einzelnen von jedem Gesellschafter zu fördern ist. Die Höhe der Beitragsleistungen allerdings muß wenigstens bestimmbar sein 1.). Darüber hinaus obliegt die Vertragsgestaltung den Gesellschaftern, soweit nicht zwingende Normen des Handelsrechtes oder des BGB entgegenstehen.

4.2 Gemäß §§ 162, 106 HGB ist die Kommanditgesellschaft bei dem Gericht, in dessen Bezirk sie ihren Sitz hat, anzumelden. Die anmeldepflichtigen Tatsachen ergeben sich zunächst aus § 106 Abs. 2 HGB, wonach Name, Vorname, Stand und Wohnort jedes Gesellschafters, die Firma der Gesellschaft und deren Sitz, sowie der Zeitpunkt des Gesellschaftsbeginnes anzumelden sind.

Dazu kommen die Tatsachen, die § 161 Abs. 1 HGB anzumelden verpflichtet: Die Bezeichnung der Kommanditisten und der Betrag der Einlage. Unter "Einlage" ist hier wieder die vereinbarte "Haftsumme" zu verstehen 2.), die ich oben schon erwähnt habe.

Bei den anmeldepflichtigen Tatsachen ist besonders auf die Firma der Kommanditgesellschaft zu achten. Nach § 19 HGB muß die Firma den Namen wenigstens eines der persönlich haftenden Gesellschafter mit einem das Vorhandensein einer Gesellschaft andeutenden Zusatz enthalten 3.). Dabei dürfen die Namen von Kommanditisten nicht in die Firma aufgenommen werden. Bei der Andeutung des Gesellschaftsverhältnisses reicht die Abkürzung "KG" 4.).

1.) RGRK - Fischer, § 705, Anm. 7; Baumbach - Duden, § 105 Anm. 2 D
2.) Baumbach - Duden, § 162, Anm. A
3.) Drescher/Henze, Wie gründet man eine Kommanditgesellschaft, S. 21
4.) OLG München, HRR 1938, Nr. 535

Nach h. M. ist die KG entweder unmittelbar vor oder unverzüglich nach dem Geschäftsbeginn anzumelden 1.). Wurde der Zeitpunkt versäumt, so hat das Gericht gemäß § 14 HGB eine Ordnungsstrafe aufzuerlegen. Daraus ergibt sich, daß zur Anmeldung eine öffentlich-rechtliche Verpflichtung besteht. Der Grund für diese öffentlich-rechtliche Verpflichtung liegt darin, daß auch die Öffentlichkeit ein legitimes Interesse daran hat, zu wissen, ob zwischen den Personen A, B und C eine Gesellschaft besteht und wie die einzelnen Gesellschafter haften. Darüber hinaus besteht aber für die Gesellschafter auch eine zivilrechtliche Anmeldepflicht ihren Mitgesellschaftern gegenüber 2.). Wer einen Gesellschaftsvertrag abschließt, der muß auch die sich aus dem Vertrag den Vertragspartnern gegenüber ergebende Pflicht erfüllen, alles zu tun, damit die geplante Gesellschaft in vollem Umfang zustande komme 3.).

Gemäß § 108 HGB ist die Anmeldung von allen Gesellschaftern, also auch von den Kommanditisten, vorzunehmen. Dabei braucht diese Anmeldung nicht gleichzeitig zu erfolgen und persönlich vorgenommen werden. Stellvertretung ist möglich.

4.3 Eintragung und Bekanntmachung der Gesellschaft erfolgen nach Prüfung der formellen, persönlichen und sachlichen Voraussetzungen der Anmeldung der KG und der Feststellung der Eintragungsfähigkeit 4.). Die Eintragung darf dabei nicht vor dem Zeitpunkt des "Beginnes der Gesellschaft" erfolgen 5.). "Beginn der Gesellschaft" bedeutet Aufnahme des Geschäftsbetriebes. Daraus ergibt sich, daß die Gesellschaft ihre

---

1.) Baumbach - Duden, § 108, Anm. 2 A
2.) RGRK - Fischer, § 108, Anm. 9
3.) RGRK - Fischer, § 108, Anm. 9
4.) Drescher/Henze, Wie gründet man eine Kommanditgesellschaft, S. 20
5.) Baumbach - Duden, § 108, Anm. 2 A

Geschäfte zwar beginnen darf, ohne eingetragen zu sein, daß aber umgekehrt eine Gesellschaft nicht eingetragen werden kann, die ihren Geschäftsbetrieb noch nicht aufgenommen hat. Da Geschäftsaufnahme und Eintragung nur in seltenen Fällen auf ein und denselben Tag fallen, ist als Regel anzusehen, daß die KG vor ihrer Eintragung schon eine Zeit lang ihre Geschäfte betrieben hat.

Ist die Eintragung erfolgt, so verfügt der Registerrichter die Bekanntmachung. Dabei wird nicht der ganze Inhalt der Eintragung bekanntgemacht. Von den Kommanditisten wird gemäß § 162 Abs. 2 HGB nur die Anzahl angegeben. Namen, Stand und Wohnort der Kommanditisten sowie der Beitrag der Einlage der einzelnen Kommanditisten werden nicht veröffentlicht 1.).

4.4 Im Zusammenhang mit der Errichtung einer Gesellschaft ist die Lehre von der "faktischen Gesellschaft" zu erörtern. Schon das Reichtsgericht anerkannte die "faktische Gesellschaft" und wandte bei Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrages die §§ 131 ff. HGB an, um die in Vollzug gesetzte Gesellschaft aufzulösen und zu beendigen 2.). Diese Auffassung übernahm der BGH, indem er feststellte, daß eine Gesellschaft, die ohne oder mit anfechtbarer Rechtsgrundlage im Rechtsverkehr als solche aufgetreten sei und gelebt habe, sowohl für das Innen- als auch für das Außenverhältnis den Rechtsregeln des Gesellschaftsrechtes unterworfen sei 3.). Auch die Literatur - zuerst Haupt 4.) - anerkennt heute allgemein, daß bei einem fehlerhaften Gesellschaftsvertrag im

---

1.) Drescher/Henze, S. 20; Baumbach - Duden, § 162, Anm. A
2.) RGZ 165, 193; RGZ DR 1941, 1943; 1943, 1221
3.) BGHZ 3, 285; 17, 14; 17, 167
4.) Günter Haupt, "Über faktische Vertragsverhältnisse" in Festschrift für Siber, Leipzig, 1943, Bd. II, S. 17

Innen- wie Außenverhältnis die Regeln des Gesellschaftsrechts anwendbar sind. Dem BGH folgend, wird hier vielfach nicht mehr vom "faktischen Vertragsverhältnis", sondern vom "fehlerhaften Gesellschaftsvertrag" oder der "fehlerhaft in Vollzug gesetzten Gesellschaft" gesprochen 1.). Diese unterschiedliche Terminologie soll zum Ausdruck bringen, daß nicht lediglich ein Verhalten der Parteien die Rechtsfolgen der §§ 130 ff. HGB nach sich zieht, sondern daß ein Gesellschaftsvertrag abgeschlossen wurde, der aus verschiedensten Gründen anfechtbar oder nichtig ist. Das Erfordernis eines Vertrages wird dadurch hervorgehoben, daß diese Fälle im Gegensatz stehen zu den tatsächlichen "faktischen Vertragsverhältnissen", den "Parkplatz- und Straßenbahnfällen" 2.).

Die erste Voraussetzung für die Anwendung der Lehre von der fahlerhaften Gesellschaft besteht darin, daß die Gesellschaft nach innen und außen tätig gewesen sein muß. Weitere Voraussetzungen sind die Anfechtbarkeit oder Nichtigkeit des Gesellschaftsvertrages, die sich aus den verschiedenen Gründen ergeben können: Formnichtigkeit bei Einbringen eines Grundstücks, § 313 BGB; Nichtigkeit wegen Dissens über eine wesentliche Bestimmung, § 155 BGB; Anfechtbarkeit wegen Willensmängeln, § 119 BGB; Nichtigkeit nach §§ 104 und 117 BGB, sowie Fehlen oder Wegfall der Geschäftsgrundlage. Da es sich hier um ein Randgebiet der Arbeit handelt, soll die Frage nicht behandelt oder vertieft werden, ob bei Nichtigkeit wegen § 134 und § 138 BGB die fehlerhafte Gesellschaft nicht wirksam ist mit der Folge, daß hier die Regeln der §§ 130 ff. BGB nicht anwendbar sind.

Die Rechtsfolgen des Vorliegens einer fehlerhaften Gesellschaft bestehen im Außenverhältnis darin, daß aus Gründen des Verkehrsschutzes diese Gesellschaft Dritten gegenüber

---

1.) Baumbach - Duden, § 105, Anm. 8 B

2.) BGHZ 21, 319; LG Bremen, NJW 1966, 130 ff.

als wirksam behandelt werden muß 1.). Im Innenverhältnis gilt das Recht der verabredeten Gesellschaft. Der tatsächlich vollzogene gesellschaftliche Zusammenschluß wird erst durch eine Auflösungsklage nach § 133 HGB aufgelöst. Die Auseinandersetzung des Gesellschaftsvermögens geschieht im Innenverhältnis aus Gründen des Bestandschutzes nach dem Recht der gewollten Gesellschaft 2.).

5. Zusammenfassung

Die Kommanditgesellschaft ist eine handelsrechtliche Personengesellschaft, die sich aus der commenda des mittelalterlichen Rechts entwickelt hat. Sie ist Gesamthandsgemeinschaft und besitzt keine eigene Rechtspersönlichkeit. Lediglich gemäß § 124 Abs. 1 HGB ist sie teilweise Rechtssubjekten angeglichen.

Ihr wesentliches Unterscheidungsmerkmal zu anderen Personengesellschaften ist die beschränkte Haftung eines Teiles ihrer Gesellschafter, der Kommanditisten. Diese Haftungsbeschränkung bestimmt nach § 161 HGB das Wesen der Kommanditgesellschaft. Durch die Haftungsbeschränkung hebt sie sich so von den übrigen Personalgesellschaften ab, daß man von einer Annäherung an die Kapitalgesellschaften spricht.

Die Geschäftsführung und Vertretung der Kommanditgesellschaft obliegt nach dem Gesetz den Komplementären. Dabei ist § 164 HGB, der die Geschäftsführung regelt, dispositiv.

1.) Reinhardt, Ges. R., S. 110

2.) Fischer, Grenzen für die Anerkennung der faktischen Gesellschaft, NJW 58, 969; Reinhardt, GES. R., S. 109 ff. Möschel, Das Außenverhältnis der fehlerhaften Gesellschaft in Festschrift Hefermehl, S. 172

Nicht dispositiv ist die Regelung in Bezug auf die organschaftliche Vertretung der Gesellschaft durch den Komplementär. Die zwingende Vorschrift des § 170 HGB verbietet es allerdings nicht, daß einem Kommanditisten Einzelprokura erteilt wird. Nach der Rechtsprechung ist die freie Widerruflichkeit der Prokura des Kommanditisten stark eingeschränkt, so daß in Bezug auf die Vertretung der Gesellschaft die Stellung des Kommanditisten der eines Komplementärs angeglichen werden kann. Selbst ein solcher Kommanditist, der Geschäftsführer der KG ist und mit Prokura die Gesellschaft nach außen vertritt, haftet nach der Rechtsprechung und der herrschenden Meinung in der Literatur nur beschränkt 1.).

Bei der Errichtung der KG ist hervorzuheben, daß die KG zwar schon ihre Geschäfte aufnehmen kann, ohne eingetragen zu sein, daß andererseits aber eine Eintragung vor der Geschäftsaufnahme nicht erfolgen darf.

§ 3 Rechtliche Einordnung der Kommanditgesellschaft vor Eintragung

Nachdem in § 2 die Kommanditgesellschaft in ihrer geschichtlichen Entwicklung aufgezeigt, ihr Wesen erörtert und ihre Errichtung untersucht wurde, soll § 3 auf die Erörterung der zentralen Frage der Arbeit, wohin sich die Kommanditgesellschaft vor Eintragung in ihrer Rechtsnatur entwickelt, vorbereiten. Dazu muß zunächst dargelegt werden, was mit der "Kommanditgesellschaft vor Eintragung" überhaupt gemeint ist.

Im oben stehenden Abschnitt über die Errichtung der Kommanditgesellschaft wurde festgestellt, daß sich mehrere zukünftige Gesellschafter zusammenfinden und einen Gesellschafts-

---

1.) BGHZ 45, 204; RGRK - Schilling, § 164, Anm. 17; Reinhardt, Ges. R., S. 121

vertrag abschließen müssen, damit eine Kommanditgesellschaft zustandekommt. Des weiteren wurde davon gesprochen, daß diese Gesellschafter zu irgend einem Zeitpunkt den Geschäftsbetrieb ihrer Gesellschaft aufnehmen müssen und daß diese Gesellschaft in ein Handelsgerister eingetragen werden muß. "Kommanditgesellschaft vor Eintragung" ist das Gebilde, das zwischen dem Abschluß des Gründungs- oder Gesellschaftsvertrages und der Eintragung in das Handelsregister besteht.

Die Frage ist nun, als was das Gebilde "Kommanditgesellschaft vor Eintragung" gesellschaftsrechtlich zu qualifizieren ist. Liegt vor Eintragung schon eine KG vor, oder ist die Eintragung eine so wesentliche Voraussetzung, daß man erst nach erfolgter Eintragung von einer KG sprechen kann? Oder ist das, was vor der Eintragung existiert, gar als ein ganz anderer Gesellschaftstyp zu qualifizieren, dessen Strukturen mit denen der Kommanditgesellschaft nichts gemein haben? Bei der Beantwortung dieser Frage muß - wie im Folgenden klar wird, beachtet werden, daß im Stadium vor Eintragung die oben aufgeführten drei verschiedenen Vorgänge eine Rolle spielen: der Vertragsschluß, die Geschäftsaufnahme und die Eintragung in das Handelsregister. Mit Vertragsschluß entsteht ein Innenverhältnis zwischen den Gesellschaftern, die Geschäftsaufnahme macht die Gesellschaft einem begrenzten Kreis von Geschäftspartnern bekannt und mit Eintragung treten die Gesellschaft und ihre Gesellschafter an die Öffentlichkeit.

1. Die KG vor Eintragung - Innenverhältnis

1.1 Betreibt die Gesellschaft ein Handelsgewerbe i.S. des § 1 Abs. 2 HGB, so entsteht mit Abschluß des Gesellschaftsvertrages im Innenverhältnis eine KG 1.). Besser als diese

---

1.) Hueck, Recht der OHG, S. 40; RGRK - Schilling, § 161, Anm. 39; RGRK - Fischer, § 105, Anm. 62 a

in der Literatur häufig getroffene Feststellung, ist folgendes: "Will die Gesellschaft ein Handeslgewerbe i.S. des § 1 Abs. 2 HGB betreiben, ...". Darin kommt zum Ausdruck, daß der Betrieb oder die Geschäftsaufnahme nicht nötig sind, im Innenverhältnis die KG zum Entstehen zu bringen. Anderer Ansicht sind Beyerle und Westermann 1.). Da die Kommanditgesellschaft notwendigerweise Außengesellschaft sei, entstehe durch den bloßen Abschluß des Gründungsvertrages eine Gesellschaft in Form der KG noch nicht. Eine Innengesellschaft als Vorstufe der endgültigen Kommanditgesellschaft wird von ihnen nicht anerkannt. Dem ist entgegenzuhalten, daß der Innen-KG lediglich die Außenwirkung fehlt; alle anderen Merkmale einer Kommanditgesellschaft liegen vor - jedenfalls dann, wenn beabsichtigt ist, ein Grundhandelsgewerbe nach § 1 HGB zu betreiben. Die Innen-KG regelt die Rechtsbeziehungen der Gesellschafter zueinander, so wie sie im Gesellschaftsvertrag vereinbart wurden. Sie ist wegen des Fehlens der Außenwirkung zwar noch keine vollständige Kommanditgesellschaft. Andererseits spricht jedoch nichts gegen die Zulässigkeit einer Innengesellschaft, wenn im Gesellschaftsvertrag vereinbart wurde, die Beziehungen zueinander schon vor Geschäftsbeginn und Eintragung ganz dem KG-Recht zu unterwerfen.

1.2 Streitig ist, ob auch schon mit Abschluß des Gesellschaftsvertrages eine KG im Innenverhältnis entsteht, wenn die Gesellschaft ein Gewerbe betreiben soll, das erst mit der Eintragung zum Handelsgewerbe wird, ein Gewerbe also, das nicht Grundhandelsgewerbe nach § 1 Abs. 2 HGB ist.

Eine Meinung sagt, daß auch in diesem Falle eine KG, bzw. OHG im Innenverhältnis zur Entstehung komme 2.). Begründet

---

1.) Beyerle, Der unbeschränkt haftende Kommanditist, S. 23; Westermann, Personengesellschaftsrecht, S. I 486a;
2.) Hueck, Recht der OHG, S. 41; Würdinger, S. 107; Schlegelberger/Geßler, § 105, Anm. 47

wird diese Auffassung damit, daß es für das Innenverhältnis nicht entscheidend darauf ankomme, ob das Gewerbe, das betrieben werden solle, ein Grundhandelsgewerbe sei. Kriterium sei vielmehr, daß die Gesellschafter die Absicht hätten, das Geschäft eintragen zu lassen und auch ihre Rechtsbeziehungen schon vorher dem KG-Recht zu unterstellen 1.).

Ein anderer Teil der Literatur ist der Auffassung, daß in den Fällen, in denen die Gesellschaft kein Grundhandelsgewerbe betreiben wolle, die Gesellschaft als KG oder OHG erst mit der Eintragung zur Entstehung komme. Zwischen Abschluß des Gesellschaftsvertrages und der Eintragung bestehe eine BGB-Gesellschaft, auf die allerdings die dispositiven Regeln der §§ 105 ff. und 161 ff. HGB ergänzend Anwendung fänden, vor allem, wenn die Gesellschafter dies im Vertrag vereinbart hätten 2.).
Diese Richtung in der Literatur gibt als Begründung an, daß in solchen Fällen erst mit der Eintragung ein Handelsgewerbe entstehe. Da aber der Zweck der Gesellschaft auf den Betrieb eines Handelsgewerbes ausgerichtet sein müsse, könne vor dem Vorliegen dieses Handelsgewerbes rein begrifflich noch keine KG zur Entstehung kommen.

Der Unterschied der beiden Ansichten liegt darin, daß nach der letzteren Auffassung die Anwendung der Regeln über die Kommanditgesellschaft bis zur Eintragung der Gesellschaft nur möglich ist, soweit diese Anwendung durch Parteivereinbarung herbeigeführt werden kann. Daher können beispielsweise die Gestaltungsklagen der §§ 117, 127, 133, 140 und 142 HGB bis zur Eintragung noch nicht erhoben werden, sondern es bleibt bei den Regelungen der §§ 705 ff. BGB. Außerdem kann nach der Meinung Fischers die Prozeßfähigkeit der

---

1.) Schlegelberger/Geßler, § 105, An. 47
2.) RGRK - Fischer, § 105, Anm. 62 b; RGRK - Schilling, § 161, Anm. 39; Reinhardt, Ges. R., S. 60

Gesellschaft nach § 124 Abs. 1 HGB bei einer Klage gegen einen der Gesellschafter (Innenverhältnis!) nicht anerkannt werden. Wegen der Auffassung zur Prozeßfähigkeit der Gesellschaft nach § 124 Abs. 1 HGB ist Fischer und Schilling zu folgen. Die Prozeßfähigkeit kann nicht von Parteivereinbarungen abhängig sein. Das aber wäre der Fall, wenn man mit der Genehmigung zuließe, daß sich zukünftige Gesellschafter darüber einigen könnten, ob sie ihre Rechtsbeziehungen vor Eintragung schon vollständig den Regeln der Kommanditgesellschaft unterstellen oder nicht. Die Prozeßfähigkeit ist nämlich Ausfluß eines gesetzlichen Tatbestandes, der vorgeschrieben ist und der erfüllt werden muß 1.).

Erst, wenn alle gesetzlichen Begriffsmerkmale der Kommanditgesellschaft vorliegen, zu denen auch das Betreiben eines Handelsgewerbes als Gesellschaftszweck gehört, ist der gesetzliche Tatbestand erfüllt und kann eine Kommanditgesellschaft vorliegen.

1.3 Auf keinen Fall liegt eine KG vor, wenn die Gesellschafter im Gesellschaftsvertrag einen späteren Zeitpunkt des Gesellschaftsbeginnes festgelegt haben 2.).

Diese Möglichkeit haben die Gesellschafter, indem sie vorsehen, daß die Gesellschaft erst zu einem späteren Zeitpunkt entstehen soll. Darin kann eine Zeitbestimmung oder eine aufschiebende Bedingung liegen, die beide zulässig sind 3.).

1.) RGRK - Fischer, § 105, Anm. 62 b
2.) Schlegelberger/Geßler, § 105, Anm. 47
3.) RG JW 1936, 2065; RGRK - Weipert, § 105, Anm. 50

2. Die Kommanditgesellschaft vor Eintragung - Außenverhältnis

Streng zu trennen von der Frage, wann eine Kommanditgesellschaft im Innenverhältnis entsteht, ist das Problem, wann nach außen hin von einer Kommanditgesellschaft gesprochen werden kann. In der bisherigen Literatur wird dabei durch eine unklare Terminologie der Eindruck erweckt, als "entstehe" die KG auch nach außen hin 1.).
Man könnte also meinen, die Kommanditgesellschaft hätte zwei verschiedene Zeitpunkte der Entstehung, was nicht richtig ist. Daher wird in Bezug auf das Außenverhältnis besser vom "Wirksamwerden" gesprochen, ein Ausdruck, den auch das Gesetz in § 123 HGB gebraucht.

Wenn es um den Zeitpunkt des Wirksamwerdens geht, ist zunächst zu überlegen, ob dieser Zeitpunkt auch durch den Abschluß des Gesellschaftsvertrages bestimmt sein kann und dann mit dem Zeitpunkt des Entstehens der Gesellschaft - jedenfalls, wenn es sich um ein Grundhandelsgewerbe nach § 1 Abs. 2 HGB handelt, das die Gesellschaft betreiben will - zusammenfiele. Gegen diese Annahme spricht, daß die Außenwirksamkeit der Gesellschaft nur dadurch eintreten kann, daß nach außen hin ein Akt gesetzt wird, der für Dritte erkennbar ist. Da der Vertragsabschluß aber nur ein interner Vorgang ist, kann er nicht automatisch Zeitpunkt des Beginnes der Außenwirksamkeit der Gesellschaft sein 2.).

2.1 Die KG wird Dritten gegenüber wirksam, wenn sie im Handelsregister eingetragen ist (§ 123, S. 1 HGB). Dabei wird vorausgesetzt, daß die Gesellschaft schon entstanden ist,

---

1.) Kraft/Kreutz, Ges. R., S. 45, wo ausgeführt wird: "Bei OHG und KG ist zwischen dem Entstehen im Innenverhältnis und im Außenverhältnis zu unterscheiden."
2.) Hueck, Ges. R., S. 62; Lehmann/Dietz, Ges.R., S. 136

bzw. gleichzeitig mit dem Wirksamwerden bei Eintragung in das Handelsregister als KG zur Entstehung kommt 1.). Durch das zuletzt Gesagte wird deutlich, daß der Zeitpunkt des Wirksamwerdens einer KG nach außen hin bei der Gesellschaft, die ein Grundhandelsgewerbe nach § 1 Abs. 2 HGB betreibt, und bei einer Gesellschaft, die erst nach § 2 Kaufmann wird, gleich ist - jedenfalls dann, wenn die Eintragung in das Handelsregister die Außenwirksamkeit nach § 123 S. 1 HGB herbeiführt. Das Gesetz stellt in § 123 S. 1 HGB auf die Eintragung ab und nicht auf die Anmeldung zur Eintragung oder die Bekanntmachung der Eintragung. Mit der Eintragung erklären die Gesellschafter gegenüber der Öffentlichkeit rechtsverbindlich, daß ihr "gemeinsames Geschäft" als Kommanditgesellschaft behandelt werden solle, daß es also nach außen hin wirksam sein solle 2.).

2.2 Einen weiteren Zeitpunkt des Beginns der Außenwirksamkeit gibt § 123 S. 2 HGB, der auf den Zeitpunkt des Geschäftsbeginns abstellt. Der zweite Halbsatz des § 123 S. 2 HGB enthält eine Einschränkung, wonach mit Geschäftsbeginn nur dann die Außenwirkung eintritt, wenn ein Grundhandelsgeschäft nach § 1 Abs. 2 HGB aufgenommen wird. Der Grund für diese Einschränkung liegt darin, daß, wie oben gesagt wurde, Voraussetzung für die Außenwirksamkeit das Bestehen der Kommanditgesellschaft ist. Da aber die Gesellschaft, die kein Grundhandelsgewerbe betreibt, als Kommanditgesellschaft erst mit der Eintragung zur Entstehung kommt, kann die Geschäftsaufnahme bei diesen Gesellschaften noch nicht zur Außenwirksamkeit führen 3.). Die Geschäftsaufnahme kann in diesen Fällen allerdings zur Haftung der Gesellschafter aus Rechtschein führen, worauf unten eingegangen werden soll.

1.) RGRK - Fischer, § 123, Anm. 2
2.) RGRK - Fischer, § 123, Anm. 3
3.) Schlegelberger/Geßler, § 123, Anm. 7; RGRK - Fischer, § 123, Anm.9; Hueck, Ges. R., S. 63

§ 123 S. 2 HGB läßt die Außenwirksamkeit mit der Geschäftsaufnahme eintreten. Zu prüfen ist, was unter dem Begriff "Geschäftsaufnahme" zu verstehen ist. Da Voraussetzung ist, daß die Gesellschaft ein Grundhandelsgewerbe nach § 1 Abs. 2 HGB betreibt, könnte man annehmen, der Geschäftsbeginn müsse in der Vornahme eines Grundgeschäftes bestehen. Das trifft nicht zu. Es kann sich um irgend ein Geschäft handeln, das unter der Firma der Gesellschaft getätigt wurde 1.). Dabei reichen sogar Vorbereitungsgeschäfte, wie z.B. das Versenden von Warenproben und Preislisten aus 2.).

Eine weitere Voraussetzung für das Wirksamwerden der KG durch den Geschäftsbeginn sieht die überwiegende Meinung in der Literatur und Rechtsprechung darin, daß alle Gesellschafter dem Geschäftsbeginn zugestimmt haben müssen 3.). Hierbei könne die Zustimmung auch stillschweigend erfolgt sein 4.). Diese Auffassung trifft auf die OHG sicherlich zu. Die hier angegebene Literatur findet sich auch ausschließlich bei der Kommentierung zum OHG-Recht, auf die allerdings die Kommentare des KG-Rechtes wegen § 161 Abs. 2 HGB verweisen. Es kann aber nicht richtig sein, auch bei der KG die Zustimmung aller Gesellschafter zur Geschäftsaufnahme zu verlangen. Die KG, die hier zur Debatte steht, ist im Innenverhältnis schon entstanden. Daher treffen auf sie die KG-Regeln zu, wonach die Geschäftsführung den Komplementären obliegt. Hiervon ausgehend, muß eine Zustimmung der Komplementäre zur Geschäftsaufnahme ausreichen 5.).

1.) Schlegelberger/Geßler, § 123, Anm. 5; ROHG 12, 413; Hans RZ 26, 675
2.) RGRK - Fischer, § 123, Anm. 12
3.) Schlegelberger/Geßler, § 123, Anm. 4; Hueck, Ges. R., S. 62; Hueck, Recht der OHG, S. 45
4.) ROHG 12, 410
5.) s. auch Heymann/Kötter, § 176, Anm. 1

3. Zusammenfassung

Es ist festzuhalten, daß die KG im Innenverhältnis mit Abschluß des Gesellschaftsvertrages entsteht, wenn sie ein Grundhandelsgewerbe nach § 1 Abs. 2 HGB betreiben will. In den Fällen, in denen ein Gewerbe betrieben werden soll, das nach § 2 HGB zum Handelsgewerbe wird, entsteht die KG im Innenverhältnis erst mit der Eintragung in das Handelsregister. Vor der Eintragung liegt eine BGB-Gesellschaft vor, auf die nach Vereinbarung im Gesellschaftsvertrag einzelne KG-Regeln anwendbar sind.

Im Außenverhältnis wird die Kommanditgesellschaft nach § 123 S. 1 HGB spätestens mit der Eintragung wirksam. Betreibt sie ein Handelsgewerbe nach § 1 Abs. 2 HGB, so wird sie nach außen hin bereits mit Geschäftsbeginn wirksam, der auch in der Vornahme eines vorbereitenden Geschäftes liegen kann. Weitere Voraussetzung ist dabei, daß jedenfalls die Komplementäre der Geschäftsaufnahme zugestimmt haben müssen.

Will die Kommanditgesellschaft kein Grundhandelsgewerbe betreiben, so liegt, wie schon oben ausgeführt, bis zur Eintragung im Innenverhältnis eine BGB-Gesellschaft vor. Da hier erst eine Außenwirksamkeit als Kommanditgesellschaft mit der Eintragung erwächst, besteht im Falle des § 2 HGB auch nach außen hin vor der Eintragung eine BGB-Gesellschaft.

§ 4 Die Rechtsnatur der GmbH-Vorgesellschaft - ein Vergleich

1. Die Entwicklung der Theorie von der GmbH-Vorgesellschaft als Vorbild für die Entwicklung der Kommanditgesellschaft vor Eintragung

Nachdem in § 3 versucht wurde, die Kommanditgesellschaft vor Eintragung rechtlich einzuordnen, d.h., ihre Rechtsnatur zu beschreiben, sollen hier Ausführungen über die Rechtsnatur der GmbH-Vorgesellschaft angeschlossen werden. Bei der GmbH-Vorgesellschaft handelt es sich um ein Gebilde, das in den Gründungsstadien vor Eintragung einer GmbH in das Handelsregister existiert. Von daher ist sie mit dem Hauptgegenstand dieser Untersuchung, der Kommanditgesellschaft vor Eintragung, verwandt. Es soll vor allem die Entwicklung der Meinungen zur Rechtsnatur dieser GmbH-Vorgesellschaft betrachtet und als Prozeß dargestellt werden. Dieser Entwicklungsprozeß nämlich kann dann in § 11 der Arbeit vergleichend bei der Beantwortung der Frage herangezogen werden, ob die Kommanditgesellschaft vor Eintragung sich auch in der Entwicklung auf eine Vorgesellschaft, also einen Gesellschaftstyp eigener Art, befindet, einem Vorgang, der bei der GmbH-Vorgesellschaft schon abgeschlossen ist, wie im Folgenden aufgezeigt wird.

Die GmbH-Vorgesellschaft wird deshalb als Vergleichsobjekt gewählt, weil die GmbH bei allen bestehenden Unterschieden von denGesellschaften, die in den Gründungsstadien eine Vorgesellschaft eigener Art haben, der Kommanditgesellschaft in ihrenStrukturen am nächsten kommt. Während die KG eine Personengesellschaft mit kapitalistischem Einschlag ist, nennt die Literatur die GmbH eine Kapitalgesellschaft mit Hinneigung zur Personengesellschaft 1.). Dabei läßt sich

---

1.) Hueck, Gesellschaftsrecht, S. 9

die Charakterisierung der KG damit begründen, daß es bei ihr Gesellschafter gibt, die nicht persönlich mitarbeiten und nur beschränkt haften, während es bei der GmbH die Möglichkeit der Mitarbeit der Gesellschafter gibt und eine persönliche Nachschußpflicht denkbar ist.

2. Die Rechtsnatur im Wandel der Rechtsprechung und Literaturmeinungen

Von der Vorgesellschaft spricht man im GmbH-Recht, wenn die GmbH zwar schon errichtet, aber noch nicht in das Handelsregister eingetragen ist 1.). Errichtung der GmbH bedeutet in diesem Zusammenhang Abschluß des Gesellschaftsvertrages 2.).

2.1 Das Reichsgericht sah in der Vereinigung, die durch den Abschluß des Gesellschaftsvertrages zwischen den späteren GmbH-Gesellschaftern entstand, in den frühen Jahren eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes 3.). So führte das RG in seiner Entscheidung vom 20.4.1904 aus, daß § 11 Abs. 1 des GmbH-Gesetzes nicht bestimme, daß in der Zeit zwischen dem Abschluß des Gesellschaftsvertrages und der Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister eine Gesellschaft überhaupt nicht bestehe. Es existiere eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts, die durch Eintragung in das Handelsregister eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung werden solle 4.).

1.) Reinhardt, Gesellschaftsrecht, S. 317

2.) BAG, AP. § 11 GmbHG, Nr. 1

3.) RGZ 58, 55; 82, 290; 151, 86; 154, 276

4.) RGZ 58, 55

In der damaligen Entscheidung - und das könnte für evtl. Parallelen mit der KG vor Eintragung interessant sein - hat das Gericht festgestellt:

> "Wie nun jene Vereinigung die Verfassung dieser Gesellschaft ordnet, so kann sie darin, insoweit nicht zwingendes Recht entgegensteht, auch bestimmen, in welcher Weise und durch welche Organe in der Zeit bis zur Eintragung der Gesellschaft in das Handeslregister für die gegründete Gesellschaft gehandelt werden soll." 1.)

In dieser Aussage des Gerichtes ist der Ausgangspunkt der Auffassung zu sehen, daß auf die vor Eintragung der GmbH bestehende BGB-Gesellschaft GmbH-Vorschriften angewandt werden können, soweit nicht zwingendes Recht entgegensteht.

2.2 Einen Schritt weiter ging das OLG München mit seinem Urteil vom 2.4.1940 2.). Dort ging es um die Rechtsnatur der Vereinigung, die vor Eintragung einer e.GmbH besteht. Vom Gericht wurde die Genossenschaft vor Eintragung als Gesellschaft des bürgerlichen Rechts i. S. der §§ 705 ff. BGB, bzw. als nichtrechtsfähiger Verein angesehen, wobei sie keine von der e.GmbH verschiedene Vereinigung, sondern als eine Vorstufe der e.GmbH mit der Wirkung anzusehen sei, "daß die vor der Eintragung erworbenen Rechte und Pflichten mit der Eintragung ohne weiteres auf die e.GmbH übergehen" 3.). Auch hier wurde, wie bei früheren Entscheidungen, auf den Willen der Gründer abgestellt, wonach nach Abschluß des Gesellschaftsvertrages, bzw. nach Aufstellung der Statuten, die Rechtsverhältnisse der Mitglieder vor der Eintragung schon nach Genossenschaftsrecht geregelt sein sollten, soweit die §§ 705 ff. BGB dispositives Recht darstellten.

1.) RGZ 58, 56
2.) HRR 1941, Nr. 704
3.) OLG München, HRR 1941, Nr. 704

2.3 Von dieser Auffassung ging dann der BGH für die Genossenschaft in seinem Urteil vom 23.4.1956 ab, indem er feststellte, daß mit der Errichtung des Statutes einer Genossenschaft weder ein nichtrechtsfähiger Verein noch eine BGB-Gesellschaft entstehe. Die im Werden begriffene rechtsfähige Genossenschaft sei eine Entwicklungsstufe bei der Entstehung der eingetragenen Genossenschaft und unterstehe dem Recht der eingetragenen Genossenschaft mit Ausnahme derjenigen Vorschriften, die die Rechtsfähigkeit voraussetzen und derer, die durch spezielle Gründungsvorschriften ersetzt worden seien 1.). Hier stellt das Gericht zur Begründung seiner Auffassung expressis verbis auf den Willen der Gründer ab; die Einordnung der werdenden Genossenschaft als Verein oder als BGB-Gesellschaft wird nämlich nach Meinung des Gerichtes dem Willen der Gründer nicht gerecht.

Diese Rechtsprechung ist im gleichen Jahr vom BGH auch für die Vor-GmbH im Urteil vom 12.7.1956 übernommen worden, in dem es heißt:

> "Zwischen der Gründung und Eintragung einer GmbH besteht keine bürgerlichrechtliche Gesellschaft. Die im Werden begriffene GmbH ist vielmehr eine Organisation, die einem Sonderrecht untersteht, das aus den im Gesetz oder im Gesellschaftsvertrag gegebenen Gründungsvorschriften und dem Recht der rechtsfähigen GmbH, soweit es nicht die Eintragung voraussetzt, besteht." 2.)

Diese Auffassung ist ständige Rechtsprechung des BGH geworden, wie sich z.B. auch aus den Entscheidungen in BGHZ 45, 338 und BGHZ 51, 30 ff. entnehmen läßt.

1.) BGHZ 20, 285
2.) BGHZ 21, 246

2.4 In der Literatur war ein bedeutender Teil der Stimmen zunächst in Übereinstimmung mit dem Reichsgericht, wonach vor Eintragung der GmbH eine BGB-Gesellschaft vorliege 1.). Dabei ging man davon aus, daß es sich bei der GmbH vor Eintragung um eine Personenvereinigung mit einem gegenständlich begrenzten Zweck, nämlich der Schaffung der juristischen Person, handele. Daher seien die §§ 705 ff. BGB anwendbar, und nicht auch schon Regeln des GmbH-Rechts.

Eine andere Richtung sah in der GmbH vor Eintragung ein Gebilde, auf das die Vorschriften über die BGB-Gesellschaft nicht passen könnten, da in der Personenvereinigung der Gründer vielmehr schon körperschaftliche Züge ausgeprägt seien. Es seien die Vorschriften anzuwenden, die das BGB für eine körperschaftlich organisierte, nichtrechtsfähige Personenvereinigung bereit halte. Das aber sei das Recht des nichtrechtsfähigen Vereins 2.).

Die heute wohl herrschende Meinung in der Literatur, die sich mit der BGH-Rechtsprechung in Einklang befindet, stellt auf den Willen der Gründer ab, der von Anfang an auf die Errichtung einer GmbH ziele. Man müsse daher schon im Stadium der Vorgesellschaft GmbH-Recht anwenden, soweit dieses nicht die Eintragung der Gesellschaft zur Voraussetzung habe 3.).

3. Die in der Rechtsprechung und Literatur erkennbaren Entwicklungslinien

Zu Beginn der Entwicklung und Diskussion in der Literatur stand die Auffassung, daß die Vor-GmbH eine BGB-Gesellschaft

---

1.) Brodmann, GmbHG, § 11, Anm. 1;Scholz, JW 1938, 3149

2.) Lang - Weidmüller, GenG, § 13, Anm. 1; H. Lehmann, Gesellschaftsrecht, 2. Aufl., S. 224, 294

3.) Staudinger - Keßler, Vorb. § 705, Rdn. 50; RGRK - Fischer § 705, Anm. 6; Hachenburg/Schilling, GmbHG, § 11, Anm. 2

sei 1.). Dabei bestand jedoch schon die Erkenntnis, daß die Gründer dieser BGB-Gesellschaft ein besonderes rechtliches Gepräge geben könnten, soweit nicht zwingendes Rechts entgegenstehe. Um dem künftigen Gebilde entgegen zu kommen, nämlich der GmbH oder Genossenschaft, hielt man die Vorgesellschaft dann später für einen nichtrechtsfähigen Verein, der besser auf die Personenvereinigung der Gründer, die schon körperschaftliche Züge trage, passe. Der Grund, der zu dieser Entwicklung geführt hat, ist darin zu sehen, daß man noch stärker auf den Willen der Gründer und somit auf den Gesellschaftsvertrag abstellte, der in der Regel auch für die Gründungsgesellschaft schon die Organisation der späteren juristischen Person vorsieht. Die letzte Konsequenz dieser Entwicklung stellt die heute h. M. dar, die davon ausgeht, daß es sich bei der Vorgesellschaft um eine Organisation handelt, "die einem Sonderrecht untersteht, das aus den im Gesetz oder im Gesellschaftsvertrag gegebenen Gründungsvorschriften und dem Recht der rechtsfähigen Gesellschaft, soweit es nicht die Eintragung voraussetzt, besteht" 2.). Hier geht man bei der Einordnung der Vorgesellschaft von der Frage danach aus, was sich die Gründer vorgestellt haben. Das Gebilde, das dabei herauskommt, wird nicht in bekannte Gesellschaftsformen gepreßt, wie z.B. in die der BGB-Gesellschaft oder die des nichtrechtsfähigen Vereines. Die Organisationselemente der Vorgesellschaft stimmen mit denen der BGB-Gesellschaft und denen des nichtrechtsfähigen Vereines nicht überein. Die wesentliche Gemeinsamkeit liegt lediglich darin, daß die Vorgesellschaft wegen des Fehlens der Rechtsfähigkeit als Gesamthandsgemeinschaft anzusehen ist.

Fraglich ist, ob das Gesellschaftsrecht diese Sonderform einer Gesellschaft - nicht normiert, sondern von Literatur

---

1.) RGZ 58, 55 für weitere Nachweise

2.) BGHZ 21, 242

und Rechtsprechung entwickelt - zuläßt. Die Vorgesellschaft läßt sich nicht in Formen pressen, die das Gesetz bis heute kennt. Nun sind große Teile in der Literatur noch der Auffassung, daß im Gesellschaftsrecht nur Formen zugelassen seien, die der Gesetzgeber in seinem Bemühen, der Vielfalt der Lebens- und Wirtschaftsbedürfnisse gerecht zu werden, zur Verfügung stelle 1.). Der "Typenzwang" würde dazu führen können, daß die Vorgesellschaft, die weder BGB-Gesellschaft, noch nichtrechtsfähiger Verein ist, noch irgend einer anderen Gesellschaftsform unterstellt werden kann, als solche nicht zulässig ist. Diese Auffassung wurde von der Notwendigkeit abgeleitet, vor allem im Handelsrecht eine Verkehrssicherheit zu schaffen. Zum "Typenzwang" im Gesellschaftsrecht gibt es heute aber auch schon Meinungen, die erkannt haben, daß die Typen, die das Gesellschaftsrecht kennt, aus dem vergangenen Jahrhundert stammen, daß andererseits sich die Wirtschaft in einer kaum vorstellbaren Weise verändert hat, so daß sich zwangsläufig die Frage stellt, ob man mit den bekannten Typen und einer engen Bindung an diese Typen den Bedürfnissen der Gegenwart gerecht werde 2.). Diese Meinungen stellen fest, daß sich die Rechtsprechung der Erkenntnis immer mehr öffne, daß auch das Gesellschaftsrecht in seinem inneren Aufbau der Gestaltungsfreiheit großen Raum lassen müsse und daß sich vor allem durch die Kombination mehrerer im Gesetz vorgesehener Gesellschaftstypen den unternehmerischen Bedürfnissen Rechnung tragen lasse 3.).

Dem denkbaren Vorwurf, die GmbH-Vorgesellschaft entspreche nicht dem Typenzwang des Gesellschaftsrechts, kann man zum

---

1.) Kraft/Kreutz, Gesellschaftsrecht, S. 27; Nitschke, Die körperschaftlich strukturierte Personengesellschaft, 1970, S. 6; a.A. Westermann, der zwar zwingende Vorschriften im Gesellschaftsrecht sieht, die aber nicht zu einem Typenzwang bei den Personengesellschaften geführt haben. Westermann, Vertragsfreiheit und Typengesetzlichkeit, S. 32

2.) Reinhardt, Gesellschaftsrecht, S. 4

3.) Reinhardt, Gesellschaftsrecht, S. 5

einen also damit begegnen, daß die Anerkennung der Vorgesellschaft durch die Rechtsprechung tatsächlich mehr Rechtssicherheit gebracht hat, ein Ziel, das sich auch die Lehre vom Typenzwang gestellt hatte. Wie schon zuvor ausgeführt, wird auf diese Vorgesellschaft das Recht der GmbH angewandt, soweit das GmbH-Recht nicht die Eintragung voraussetzt. Zum anderen kann man bei der GmbH-Vorgesellschaft, Reinhardt und Ulmer im GmbHG-Kommentar von Hachenburg folgend 1.), von einer gesellschaftsrechtlichen Mischform sprechen, auf die sowohl GmbH-Recht, als auch gesellschaftsvertraglich vereinbarte Gründungsvorschriften, als auch Recht der BGB-Gesellschaft angewandt werden. Eine solche Mischform würde, gerade, weil sie im Außenverhältnis mehr Rechtssicherheit bringt, als Gesellschaftsform einem weit interpretierten Typenzwang, wie ihn Reinhardt versteht, nicht entgegenstehen.

4. Zusammenfassung

Literatur und Rechtsprechung haben die GmbH-Vorgesellschaft zuerst als BGB-Gesellschaft, dann als nichtrechtsfähigen Verein und heute als Organisation anerkannt, die einem Sonderrecht untersteht, das aus den im Gesetz oder im Gesellschaftsvertrag gegebenen Gründungsvorschriften und dem Recht der rechtsfähigen GmbH, soweit es nicht die Eintragung voraussetzt, besteht. Bei der Entwicklung zur heutigen Auffassung spielte vor allem das Bemühen eine Rolle, den Willen der Gründer, der sich im Gesellschaftsvertrag manifestiert, auch auf das Gebilde, das vor Eintragung der GmbH in das Handelsregister besteht, einwirken zu lassen.

Die GmbH-Vorgesellschaft ist im Gesetz nicht, wie die anderen Gesellschaftstypen, als solche beschrieben. Ihre Anerkennung steht somit in einem gewissen Widerstreit mit der

---

1.) Hachenburg/Ulmer GmbHG, § 11, Anm. 9

Lehre vom "numerus clausus" der Gesellschaftstypen, wenn man diesen "Typenzwang" eng auslegt. Bei einer weiten Auslegung, die vom Sinn und Zweck des "Typenzwanges" ausgeht, den gutgläubigen Verkehr mit Gesellschaften zu schützen, darf diese Mischform jedoch als zulässig anzusehen sein.

§ 5 Die Haftung in der BGB-Gesellschaft

In den letzten Paragraphen sind das Wesen der Kommanditgesellschaft vor Eintragung, wie es bisher von der Rechtsprechung und dem überwiegenden Teil der Literatur gesehen wird, und die rechtliche Einordnung der GmbH-Vorgesellschaft behandelt worden. Am Beispiel der GmbH-Vorgesellschaft sollte die Beantwortung der Frage vorbereitet werden, ob man nicht auch bei der KG vor Eintragung von einem Sondertyp einer Gesellschaft sprechen kann, wie man es bei der GmbH-Vorgesellschaft tut. Auf die Frage wird unten in § 11 dieser Arbeit eingegangen, um damit Möglichkeiten einer Weiterentwicklung aufzuzeigen.

In diesem und den folgenden Paragraphen soll die Haftung der Kommanditgesellschaft vor Eintragung und ihrer Gesellschafter behandelt werden. Ausgangspunkt dabei ist die Haftung in der BGB-Gesellschaft. Wie nämlich oben schon ausgeführt, ist die KG vor Eintragung in den Fällen, in denen kein Grundhandelsgewerbe nach § 1 Abs. 2 HGB betrieben wird, nach innen wie außen eine BGB-Gesellschaft. Die Haftung der BGB-Gesellschaft ist also ein wesentlicher Teil der Haftung der KG vor Eintragung. Die Untersuchung macht einige Schwierigkeiten, da das Problem von Schuld und Haftung bei der BGB-Gesellschaft vom Gesetzgeber nicht ausdrücklich geregelt worden ist 1.).

1.) Kraft/Kreutz, Ges. R., S. 104

1. Die Gesellschaftsschulden

Der Begriff "Gesellschaftsschulden" ist bei der BGB-Gesellschaft in der Literatur sehr umstritten. Ein Teil der Literatur leugnet, daß es solche Gesellschaftsschulden bei der BGB-Gesellschaft gibt.

1.1 Larenz verneint die Existenz von Gesellschaftsschulden bei der BGB-Gesellschaft. Stattdessen teilt er ein in Schulden der einzelnen Gesellschafter und gemeinschaftliche Schulden der Gesellschafter 1.). Er begründet diese Auffassung damit, daß die BGB-Gesellschaft nicht rechtsfähig sei und auch nicht - wie die OHG - einer juristischen Person angenähert sei; daher könne sie auch keine Gesellschaftsschulden haben. Ihm folgt Fikentscher, der der BGB-Gesellschaft ebenfalls abspricht, eigene Schulden haben zu können 2.).

1.2 Der überwiegende Teil der Literatur bejaht die Existenz von Gesellschaftsschulden auch bei der BGB-Gesellschaft 3.). Der Grund für die Anerkennung von Gesellschaftsschulden bei der BGB-Gesellschaft liege darin, daß das Gesetz nach außen hin "die objektive Einheit des Gesellschaftsvermögens" 4.) anerkenne und es zudem Schulden gebe, die bei der Auseinandersetzung gemäß § 733 BGB zunächst aus dem Gesellschaftsvermögen zu berichtigen seien. Die objektive Einheit des Gesellschaftsvermögens wird aus folgenden Regelungen geschlossen: Nach § 719 Abs. 2 BGB kann ein Gesellschaftsschuldner nicht mit einer Forderung aufrechnen, die ihm

---

1.) Larenz, Schuldrecht, 11. Aufl., Bd. 2, S. 355
2.) Fikentscher, Schuldrecht, 6. Aufl., S. 531
3.) Hueck, Ges. R. S. 39; Staudinger-Keßler, § 718, Anm. 7; Soergel-Schultze-v. Lasaulx, § 718, Anm. 6; Lehmann/Dietz, Ges. R., S. 111
4.) Lehmann/Dietz, Ges. R., S. 76

gegenüber einem Gesellschafter zusteht. Des weiteren können bei Geschäftsabschluß die Gesellschafter mit Dritten vereinbaren, daß ihre Haftung auf das Gesellschaftsvermögen beschränkt sein soll. Auch haftet der in die Gesellschaft eintretende Gesellschafter für die vor seinem Eintritt entstandenen Gesellschaftsschulden mit dem ihm anwachsenden Teil des Gesellschaftsvermögens 1.).

Alle drei Fälle gehen von der objektiven Einheit des Gesellschaftsvermögens aus und führen dazu, daß das "negative Gesellschaftsvermögen", die Gesellschaftsschulden, ebenfalls als Einheit behandelt werden muß.

1.3 Esser setzt die Existenz von Gesellschaftsschulden voraus, wenn er definiert, daß Gesellschaftsschulden alle Verbindlichkeiten seien, die die Gesellschafter in ihrer gesamthänderischen Verbindung träfen und daher aus dem Gesellschaftsvermögen zu erfüllen und bei einer Auseinandersetzung als "gemeinschaftliche Schulden" zu berichtigen seien 2.). Der überwiegenden Meinung in der Literatur ist zu folgen. Gerade die Anerkennung der Einheit des Gesellschaftsvermögens, die auch Larenz nicht leugnet 3.), ist ein überzeugendes Argument dafür daß das "negative Gesellschaftsvermögen" ebenfalls als Einheit gesehen werden muß.

2. Entstehensgründe der Gesellschaftsschulden

2.1 Der wichtigste Entstehungsgrund für Gesellschaftsschulden ist in rechtsgeschäftlichen Verpflichtungen zu sehen.

1.) Staudinger-Keßler, §718, Anm. 8
2.) Esser, Schuldrecht, Bd. 2, S. 290
3.) Larenz, Schuldrecht, Bd. 2, S. 354 ff.

Dabei können sich entweder alle Gesellschafter selbsthandelnd verpflichten oder sich vertreten lassen. Möglich sind die gesellschaftsrechtlichen Vertretungen nach §§ 709 ff. BGB oder die rechtsgeschäftlichen Vertretungen nach §§ 164 ff. BGB 1.).

2.2 Weitere Entsstehungsgründe für Gesellschaftsschulden liegen unmittelbar im Gesetz. Dabei wird vorausgesetzt, daß in der Person aller Gesellschafter der gesetzliche Tatbestand erfüllt ist. So kann eine Gesellschaftsschuld nach § 812 BGB entstehen, wenn das Gesellschaftsvermögen ungerechtfertigt bereichert ist 2.). Auf die Frage, ob für Bereicherungsansprüche auch die Gesellschafter gesamtschuldnerisch nach § 427 BGB mit ihren Privatvermögen haften, soll unten eingegangen werden.

Des weiteren kann eine Vertragsverletzung oder eine unerlaubte Handlung Entstehungsgrund für eine Gesellschaftsschuld sein. Wird die Vertragsverletzung oder die unerlaubte Handlung nicht von allen Gesellschaftern begangen, kann das Gesellschaftsvermögen nur verpflichtet werden, wenn eine Zuordnungsnorm dies anordnet 3.). Solche Zuordnungsnormen sind:

- § 278 BGB. Dabei kann Erfüllungsgehilfe nicht nur ein Dritter, wie z. B. ein Angestellter der Gesellschaft, sein, sondern auch ein Gesellschafter 4.).

- § 831 BGB. Hier ist zu beachten, daß diese Zuordnungsnorm keine Anwendung findet, soweit ein Gesellschafter gehandelt hat. § 831 BGB setzt eine Weisungsgebundenheit des Handelnden voraus, der ein Gesellschafter nach der

---

1.) Kraft/Kreutz, Ges. R., S. 104
2.) BGHZ 61, 338 ff.; Hoffmann, Haftung für Gesamthandsverpflichtungen bei der BGB-Ges., NJW 69, 724
3.) Kraft/Kreutz, Ges. R., S. 105
4.) BGHZ 56, 355

Rechtsprechung nicht unterliegt 1.). Verrichtungsgehilfe kann also nur ein Dritter sein, dessen Handeln über § 831 BGB den Gesellschaftern zugerechnet wird.

In diesem Zusammenhang ist zu untersuchen, ob § 31 BGB als Zuordnungsnorm herangezogen werden kann. Der BGH und eine überwiegende Meinung in der Literatur lehnen das ab 2.). Der BGH begründet seine Auffassung damit, daß die BGB-Gesellschaft, anders als die KG oder OHG, zu wenig körperschaftlich organisiert sei, als daß man die für sie handelnden Gesellschafter als "Organe" bezeichnen oder behandeln könne. Da § 31 BGB aber die organschaftliche Haftung regele, sei er auch nicht entsprechend auf die BGB-Gesellschaft anwendbar 3.).

Anderer Auffassung sind Fabricius, Nicknig und Esser, die die Lücke, die dadurch entstanden ist, daß § 831 BGB nicht mehr als Zuordnungsnorm für Delikte der Gesellschafter, die bei der Geschäftsführertätigkeit begangen werden, anerkannt wird, durch die entsprechende Anwendung des § 31 BGB füllen wollen 4.). Vor allem Nicknig tritt der herkönnlichen Auffassung, § 31 gelte nur für körperschaftlich organisierte Gesellschaften und den rechtsfähigen wie nichtrechtsfähigen Verein, mit einer Besinnung auf Sinn und Zweck der Norm und auf die ursprüngliche Begründung, wie sie vom Gesetzgeber vorgesehen war, entgegen. Danach beruht § 31 BGB auf einem Verkehrsbedürfnis, wonach eine Körperschaft, die durch die Vertretung durch Gesellschafter den Vorteil ziehe, selbständig im Rechtsverkehr aufzutreten, auch die entsprechenden

---

1.) BGHZ 45, 311, 313

2.) BGHZ 45, 311; Soergel-Schultze-v. Lasaulx, § 718, Anm. 9; RGRK - Fischer, § 714, Anm. 9

3.) BGHZ 45, 311, 312

4.) Fabricius, Zur Haftung der BGB-Gesellschaft für unerlaubte Handlungen aus der Geschäftsführung von Gesellschaftern, Gedächtnisschrift Rudolf Schmidt, 1966, S. 171 ff.; Nicknig, Die Haftung der Mitglieder einer BGB-Gesellschaft für Gesellschaftsschulden, 1972, S. 34 ff.; Esser, Schuldrecht Bd. 2, S. 290

Nachteile tragen müsse 1.). Dabei dürfe man sich nicht daran stören, daß § 31 BGB Körperschaften zugeordnet sei. Der Paragraph sei deshalb für die Körperschaft zuerst entwickelt worden, da bei ihr die Bildung eines Sondervermögens am weitesten ausgeprägt sei. Allgemein könne man aber § 31 BGB als Ausfluß eines grundsätzlichenGerechtigkeitsgedankens sehen, der den Gesetzgeber damals geleitet hätte und der laute: Wenn die Tätigkeit der Organe einem Sondervermögen zugute kommt, so ist es nur billig, daß dieses Sondervermögen auch die entsprechenden Nachteile zu tragen hat 2.). Fabricius gibt noch eine zusätzliche Begründung für die entsprechende Anwendung des § 31 BGB auf die BGB-Gesellschaft, indem er darauf abstellt, daß nach h. M. § 31 BGB auf den nichtrechtsfähigen Verein angewandt werde. Da aber die Grenze zwischen dem nichtrechtsfähigen Verein und der BGB-Gesellschaft fließend sei, und man häufig nicht sagen könne, ob ein nichtrechtsfähiger Verein oder eine BGB-Gesellschaft vorliege, müsse man aus Gründen der Rechtssicherheit § 31 BGB auch auf die BGB-Gesellschaft anwenden 3.).

Die neuere Literatur hat einige Vorzüge. Zum einen ist die Lücke, die dadurch entstanden war, daß der BGH Gesellschafter nicht mehr als Verrichtungsgehilfen nach § 831 BGB ansah 4.), ausgefüllt worden. Nach § 31 BGB kann das Gesellschaftsvermögen weiterhin für eine unerlaubte Handlung eines Gesellschafters in Anspruch genommen werden. Andererseits beseitigt diese Lösung Probleme, die dadurch entstanden sind oder entstehen könnten, daß die Grenzen zwischen dem nichtrechtsfähigen Verein, auf den § 31 BGB entsprechend angewandt wird, und der BGB-Gesellschaft, auf die § 31 BGB nach

---

1.) Nicknig, S. 42
2.) Nicknig, S. 42
3.) Fabricius, Gedächtnisschrift, S. 184
4.) BGHZ 45, 311, 313; allerdings betrifft dieser Fall nur das Verhältnis zwischen Gesellschaft und Gesellschaftsgläubiger

bisher herrschender Meinung nicht angewandt wurde, fliessend sind. Die Anwendung des § 31 BGB auf beide Fälle brächte ein Wesentliches mehr an Verkehrssicherheit. Auch die Argumentation, daß Sinn und Zweck des § 31 BGB sei, ein Sondervermögen für die im Rahmen seiner Verwaltung begangenen Delikte haften zu lassen, ist einleuchtend. Daß sich das nicht nur auf das Sondervermögen beziehen kann, das körperschaftlich verwaltet wird, ergibt sich daraus, daß diese Haftung lediglich Ausfluß des allgemeinen Gerechtigkeitsgedankens ist, der überall angewandt werden soll.

3. Die Haftungsobjekte für Gesellschaftsschulden

3.1 Haftungsobjekt ist zunächst einmal das Gesellschaftsvermögen. Unter Gesellschaftsvermögen ist bei der BGB-Gesellschaft das Gesamthands- oder Sondervermögen zu verstehen, das der gesamten Hand der Gesellschafter zuzuordnen ist. Ein solches Gesellschaftsvermögen wird regelmäßig durch Beiträge der Gesellschafter und die durch die Geschäftsführung für die Gesellschaft erworbenen Gegenstände gebildet 1.), doch ist, anders als bei Kapitalgesellschaften, bei der BGB-Gesellschaft und den anderen Personengesellschaften das Vorhandensein eines Gesellschaftsvermögens nicht zwingend.

In diesem Zusammenhang ist ein prozessuales Problem zu erörtern; das der Zwangsvollstreckung in das Gesellschaftsvermögen. Die Inanspruchnahme des Gesellschaftsvermögens setzt voraus, daß alle Gesellschafter Schuldner der Leistung sind 2.). Daher ist nach § 736 ZPO zur Zwangsvollstreckung in das Geschäftsvermögen ein Titel gegen alle Gesellschafter erforderlich. Umstritten ist, ob jeder Titel gegen alle

---

1.) Reinhardt, Ges. R., S. 46

2.) Staudinger-Keßler, § 714, Anm. 19

Gesellschafter ausreicht, oder ob nur wegen einer Gesellschaftsschuld das Gesellschaftsvermögen zur Haftung herangezogen werden kann.

Die h. M. läßt jeden Titel gegen alle Gesellschafter für eine Vollstreckung in das Gesellschaftsvermögen ausreichen 1.). Keßler begründet diese Auffassung damit, daß schon bei der Beratung des BGB eine Beschränkung auf Gesellschaftsschulden als praktisch undurchführbar fallen gelassen worden sei. Es sei im übrigen auch wirtschaftlich nicht gerechtfertigt, den vollstreckenden Gläubiger einer Nicht-Gesellschaftsschuld auf die Pfändung der einzelnen Gesellschaftsanteile zu verweisen, und zwar zum Zwecke der Kündigung. Das Gesellschaftsvermögen sei außerdem eines Sonderkonkurses nicht fähig und daher den eigentlichen Gesellschaftsgläubigern auch nicht als nur ihnen zustehendes Haftungsobjekt vorbehalten 2.).

Die entgegengesetzte Richtung in der Literatur leugnet, daß sich Gläubiger von nichtgesellschaftsbezogenen (Privat-)Schulden aller Gesellschafter aus dem Gesellschaftsvermögen befriedigen können 3.). Aus dem "Charakter des Gesellschaftsvermögens als eines für die Gesellschaftszwecke dinglich gebundenen Sondervermögens" folgert Kornblum, daß sich der Gläubiger nichtgesellschaftsbezogener Privatforderungen nicht aus dem Gesellschaftsvermögen befriedigen könne. Er verweist auf die Pfändungsmöglichkeit nach § 859 ZPO und die sich daraus ergebende Möglichkeit, die Gesellschaft nach § 725 Abs. 1 BGB zu kündigen 4.).

1.) Lehmann/Dietz, Ges. R., S. 112; Kraft/Kreutz, Ges. R., S. 107; Staudinger-Keßler, § 718, Anm. 10
Stein/Jonas, ZPO, § 736, Anm. II

2.) Staudinger-Keßler, § 718, Anm. 10

3.) Kornblum, Die Rechtsstellung der BGB-Gesellschaft und ihrer Gesellschafter im Zivilprozeß BB 70, 1445; Reinhardt, Ges. R., S. 48/49

4.) Kornblum, BB 1970, S. 1451, Fußn. 87

Der h. M. ist vor allem deshalb zu folgen, da die Lösung von Kornblum und Reinhardt nicht besonders praktikabel ist. Von der Theorie her hat die Lösung zwar den Vorzug, sauber konstruiert und durchdacht zu sein. Ihr fehlt allerdings der Bezug zu dem, was jede Norm bezwecken soll. Vor allem im Handelsrecht und Gesellschaftsrecht soll das Gesetz, wie oben schon ausgeführt, praktikable Lösungen für Problemsituationen schaffen, ohne die eine oder andere Seite zu benachteiligen. Die praktikablere der beiden Lösungen, die zur Diskussion stehen, ist die der h. M.. Durch sie wird der Privatgläubiger nicht gezwungen, den langwierigen Weg der Pfändung der Gesellschaftsanteile und Kündigung der Gesellschaft zu beschreiten. Die Gesellschaft selbst hat ihrerseits den Vorteil, daß wegen solcher Privatschulden die Gesellschaft nicht immer dann gekündigt wird, wenn der Privatgläubiger sich aus dem Gesellschaftsvermögen befriedigen will.

3.2 Haftungsobjekt für Gesellschaftsschulden kann auch das Privatvermögen der Gesellschafter sein. Das ist zwar im BGB nicht ausdrücklich geregelt (im Gegensatz zu § 128 HGB für die OHG), doch ist die Normierung auch nicht notwendig. Die Haftung ergibt sich schon aus dem Aufbau der BGB-Gesellschaft; dann die BGB-Gesellschaft bildet keine Einheit, die Rechte erwerben und Pflichten auf sich nehmen könnte. Sie wird vielmehr aus der Gesamtheit der Gesellschafter gebildet, die alle in jedem Falle selbst Kontrahenten der Gesellschaftsgeschäfte werden 1.). Sind die Gesellschafter aber selbst Kontrahenten der Gesellschaftsgeschäfte, so werden sie dadurch zunächst unbeschränkt mit ihrem gesamten Vermögen - auch dem Privatvermögen - verpflichtet.

1.) Staudinger-Keßler, § 714, Anm. 13

Verpflichten sich die Gesellschafter vertraglich, so haften sie mit ihrem Vermögen gem. §§ 427, 431 BGB gesamtschuldnerisch 1.). Diese Haftung erstreckt sich in erster Linie auf die primär geschuldete Leistung. Sie gilt aber darüber hinaus auch für Sekundärpflichten, wie z. B. die an die Stelle der ursprünglichen Leistung tretende Pflicht zum Schadensersatz.

Fraglich ist, ob die Gesellschafter auch für einen Anspruch nach § 812 BGB mit ihrem Privatvermögen haften. Das Reichsgericht hat in diesem Sinne mit der Begründung entschieden, daß, ausgehend davon, daß die Gesellschafter bei einem Vertrag mit einem Dritten mit ihrem Privatvermögen haften, die Haftung nicht wegfalle, wenn der Vertrag nachher als nichtig angefochten werde und die gewährte Leistung gem. § 812 BGB mit der Leistungskondiktion zurückverlangt werde. Die gemeinsame Empfangnahme der Leistung behalte auf jeden Fall die Wirkung, daß jeder der Gesellschafter als Empfänger des an die Gesellschaft geleisteten Ganzen gelte 2.).

Die heute h. M. dagegen will den Bereicherungsanspruch nach § 812 BGB aus Leistungskondiktion nur dem Gesamthandvermögen als Sondervermögen gegenüber gelten lassen, ohne nebenher eine gesamtschuldnerische Haftung der Gesellschafter anzuerkennen 3.). Die Begründung für diese Auffassung wird vor allem darin gesehen, daß die Anwendung von § 427 BGB einen wirksamen Vertrag voraussetzt. Darüber hinaus fließe die Bereicherung nicht in das Privatvermögen der Gesellschafter, sondern in das Gesellschaftsvermögen. Insoweit seien die Gesellschafter nicht mit ihrem Privatvermögen, sondern nur mit dem Gesellschaftsvermögen bereichert. Solange die Be-

---

1.) Staudinger-Keßler, § 714, Anm. 14;
Soergel-Schultze-v. Lasaulx, § 718, An. 9

2.) RGZ 67, 261

3.) Staudinger-Keßler, § 718, Anm. 13; Hoffmann, Gesamthandsverpflichtungen der BGB-Gesellschaft ohne ges. Haftung der BGB-Gesellschafter, NJW 69, 724

reicherung im Gesellschaftsvermögen bleibe, könne die Haftung aus § 812 BGB sich nur auf das Gesellschaftsvermögen beziehen 1.). Erst, wenn das Gesellschaftsvermögen aufgelöst wird, wie z. B. durch Auflösung der BGB-Gesellschaft, besteht die Möglichkeit, auch das Privatvermögen der Gesellschafter wieder in Anspruch zu nehmen, wenn diese nicht einwenden können, die Bereicherung sei bereits im Gesamthandvermögen oder bei den Mitgesellschaftern weggefallen 2.). Der BGH wendet jedenfalls nach Auflösung der Gesellschaft § 427 BGB auch auf den Bereicherungsanspruch entsprechend an, da die Verhältnisse nach Auflösung der BGB-Gesellschaft und Verteilung des Gesellschaftsvermögens der Situation ähnlich sei, in der der Gläubiger bewußt und gewollt mit einer Mehrheit von Schuldnern kontrahiert hätte. Diese Lösung erscheint logisch, da oben der Bereicherungsanspruch mit der Begründung vom Zugriff auf das Privatvermögen ausgeschlossen wurde, daß nicht das Privatvermögen, sondern lediglich das Gesellschaftsvermögen durch die Leistung ungerechtfertigt bereichert sei.

Im Rahmen dieses Problemkreises ist abschließend zu untersuchen, ob im Falle der entsprechenden Anwendung des § 31 BGB die Gesellschafter nur mit dem Gesellschaftsvermögen, oder auch unbeschränkt mit ihrem Privatvermögen haften. Die überwiegende Meinung hierzu ist der Auffassung, daß lediglich eine auf das Gesellschaftsvermögen beschränkte Haftung in Frage komme, da § 31 BGB die Gesellschafter in ihrer gesamthänderischen Verbindung als BGB-Gesellschafter verpflichte 3.). Kornblum dagegen meint, aus der Tatsache, daß die BGB-Gesellschaft nicht rechtsfähig ist, sei zu folgern, daß Verpflichtungen der Gesamthand sich automatisch auch auf die

---

1.) Hoffmann, NJW 69, 726

2.) BGH NJW 74, 451

3.) Fabricius, Gedächtnisschrift, S. 191 ff., 196, 197; Medicus, Bürgerliches Recht, S. 352

Gesellschafter persönlich als Gesamtschuldner erstreckten 1.). Diese Auffassung von Kornblum trifft nicht zu, wie oben bei der Haftung nach § 812 BGB schon zu sehen war.

Eine Mittelmeinung vertritt Nicknig, der bei der Gesellschaft, die nicht wirtschaftliche Zwecke verfolgt, auf jeden Fall die Haftung auf das Gesellschaftsvermögen beschränken will 2.). Er begründet das damit, daß der Grund, § 31 BGB überhaupt entsprechend anzuwenden, gewesen sei, das Sondervermögen, das Vorteile einer besonderen Verwaltung genieße, auch mit Nachteilen, die sich aus der Verwaltung ergeben könnten, zu belasten. Die Auffassung, die Gesellschafter auch mit ihrem Privatvermögen nach § 31 BGB haften zu lassen, widerspreche daher Sinn und Zweck des § 31 BGB. Bei Erwerbsgesellschaften läßt Nicknig über eine entsprechende Anwendung des § 128 HGB die Gesellschafter auch mit ihrem Privatvermögen haften. Die Erwerbs-BGB-Gesellschaft, wie z. B. die Arbeitsgemeinschaft in der Bauindustrie oder die Anwaltssozietät, stehe der OHG sehr nahe. Diese Verwandtschaft lasse sich auch an Hand der geschichtlichen Entwicklung nachweisen. Der Dresdener Entwurf von 1863 - 1866, sowie beide Entwürfe zum BGB, hätten Vorschriften enthalten, wonach auf die Erwerbsgesellschaft OHG-Regeln zur Anwendung kommen konnten. Auch im heutigen Steuerrecht werde die gewerbliche BGB-Gesellschaft nach für die OHG geltenden Grundsätzen behandelt 3.). Diese Auffassung von Nicknig hat den großen Vorteil, daß sie dort Gläubigerschutz gewährt, wo dies wichtig ist: Bei den Erwerbs-BGB-Gesellschaften, die in ihrer Tätigkeit und in ihrem Geschäftsvolumen häufig mit Handelsgesellschaften vergleichbar sind. Die Lösung, die die entsprechende Anwendung von

---

1.) Kornblum, Die Haftung der Gesellschafter für Verbindlichkeiten von Personengesellschaften S. 46

2.) Nicknig, S. 45

3.) Nicknig, S. 48/49

§ 128 HGB bringt, beläßt zudem § 31 BGB bei der Anwendung auf die BGB-Gesellschaft den ursprünglichen Sinn, aus § 31 BGB nur das Sondervermögen haften zu lassen.

4. Haftungsbeschränkung in der BGB-Gesellschaft

Wie oben aufgezeigt, kann sich der Gesellschaftsgläubiger aus dem Gesellschaftsvermögen und aus dem Privatvermögen der Gesellschafter befriedigen. Das gilt jedenfalls für vertragliche Ansprüche. Darüber hinaus besteht noch die Möglichkeit, wegen eines Anspruches nach §§ 823, 831 BGB in den Fällen, in denen ein Angestellter der Gesellschaft als Verrichtungsgehilfe eine unerlaubte Handlung begangen hat, das Privatvermögen der Gesellschafter in Anspruch zu nehmen. Bei einem Anspruch nach § 812 BGB allerdings ist die Haftung auf das Gesellschaftsvermögen beschränkt, solange die Gesellschaft existiert 1.). Wendet man § 31 BGB auf die BGB-Gesellschaft an, so ist die Haftung der Gesellschafter jedenfalls einer nicht gewerblichen Gesellschaft ebenfalls auf das Gesellschaftsvermögen beschränkt 2.). Hier sollen nun weitere Haftungsbeschränkungen auf das Gesellschaftsvermögen untersucht werden.

4.1 Die Gesellschafter können mit dem Dritten, mit dem sie kontrahieren, vereinbaren, daß die Haftung auf das Gesellschaftsvermögen beschränkt bleiben soll. § 427 BGB sieht die Möglichkeit solcher Haftungsbeschränkung ausdrücklich vor, da nach dem Wortlaut der Norm die Gesellschafter nur im Zweifel als Gesamtschuldner haften 3.). Gegen eine solche, an

---

1.) Hoffmann, NJW 69, 726

2.) Nicknig, S. 45; Fabricius, Gedächtnisschrift, S. 196, 197

3.) § 427 BGB sieht allerdings als Alternative zur Gesamtschuld, die nicht ausgeschlossen sein soll, die Teilschuld (vgl. auch § 6, Ziff. 1.2 der Arbeit)

sich zulässige Haftungsbeschränkung sind in der Literatur immer wieder Bedenken vorgebracht worden. Die Hauptkritiker einer weitgehenden Haftungsbeschränkung sind Eucken und Reinhardt. Eucken sieht durch die Ausweitung der Haftungsbeschränkungen die Wettbewerbsordnung der Marktwirtschaft in Gefahr. Der Unternehmer müsse in unserer Marktordnung auch für seine Entscheidungen voll haften 1.). Im Zusammenhang mit der Einmann-Gesellschaft kommt Reinhardt zu einer ähnlichen Aussage. Es würde seiner Meinung nach den Ordnungsgrundsätzen der Wirtschaft widersprechen, den unternehmerischen Nutzen zwar dem Unternehmer, das Risiko aber Dritten aufzuerlegen 2.). Die von Eucken und Reinhardt vorgebrachten Bedenken sind ernst zu nehmen. Dennoch können sie nach dem zur Zeit geltenden Recht nicht dazu führen, zwischen Vertragspartnern frei vereinbarte Haftungsbeschränkungen zu beseitigen, da § 427 BGB solche Beschränkungen zuläßt.

4.2 In gleicher Weise wie alle Gesellschafter kann auch der Vertreter der Gesellschaft mit dem Dritten eine solche Haftungsbeschränkung vereinbaren. Dazu kann der Vertreter im einzelnen von allen Gesellschaftern beauftragt werden. Weist der Vertreter in einem solchen Falle nicht auf die Haftungsbeschränkung hin und unterläßt er es, sie mit dem Dritten zu vereinbaren, so bleibt es bei der gesamtschuldnerischen Haftung der Gesellschafter auch mit dem Privatvermögen. Die Gesellschafter haben lediglich einen Schadensersatzanspruch gegen den Vertreter 3.).

1.) W. Eucken, Grundsätze der Wirtschaftspolitik, 1968, S. 279 ff.

2.) Reinhardt, Gedanken zum Identitätsproblem bei der Einmann-Gesellschaft, Festschrift f. H. Lehmann, 1956, Band 2, S. 589

3.) so auch Nicknig, S. 17

4.3 Eine weitere Möglichkeit, die Haftung auf das Gesellschaftsvermögen zu beschränken, liegt darin, daß die Gesellschafter die Befugnis zu ihrer Vertretung mit der oben genannten Beschränkung erteilen 1.). Der Vertreter darf dann nur im Rahmen dieser Vollmacht kontrahieren und kann die Gesellschafter nur innerhalb seiner Vollmacht binden. Überschreitet der Vertreter diese Vollmacht, kommen die §§ 177 ff. BGB zur Anwendung, d. h., die Wirksamkeit des Geschäftes hängt von der Genehmigung durch die Gesellschaft ab. Eingeschränkt wird die Regelung durch die Vorschriften über den Gutglaubenschutz. Wenn über die Vollmacht eine Urkunde ausgestellt ist, die die Beschränkung nicht enthält, so können sich die Gesellschafter dem Dritten gegenüber auf ihre Haftungsbeschränkung nicht berufen (§ 172 BGB). Das gleiche gilt, wenn die Vollmacht öffentlich bekanntgegeben wurde, ohne daß die Beschränkung erwähnt wurde (§ 171 BGB).

Diese Möglichkeit der Haftungsbeschränkung findet ihren Grund darin, daß in § 714 BGB über den Umfang der Vertretungsmacht des Geschäftsführers - abweichend von § 126 HGB für die OHG - nichts gesagt ist 2.). Gegen die Zulässigkeit einer solchen Haftungsbeschränkung sind in der früheren Literatur Bedenken vorgebracht worden, die darauf hinausliefen, daß über diese Möglichkeit eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung gegründet werden könnte, die nicht den Regeln des GmbH-Gesetzes unterläge und für die nicht einmal ein Mindestkapital erforderlich sei 3.).

1.) Staudinger-Geilen, § 714, Anm. 12; RGRK-Fischer, § 714, Anm. 7; OLG Stuttgart, MDR 54, 169; BGH NJW 71, 1698

2.) Nicknig, S. 17

3.) Eck, Vorträge über das Recht des BGB, 1898, S. 85; Rehbein, Das BGB mit Erläuterungen, 1899, S. 115

Diese Auffassung ist nicht richtig, da die Haftung der Gesellschafter nicht durch den Gesellschaftsvertrag, sondern jeweils im Vertragsschluß mit dem Dritten beschränkt wird. Der Kontrahent läßt sich also auf die Haftungsbeschränkung ein, wenn ein Vertrag zustande kommt 1.). Die Haftungsbeschränkung durch die Begrenzung der Vertretungsmacht des Geschäftsführers ist daher zulässig und möglich.

5. Zusammenfassung

Es ist festzuhalten, daß es auch in der BGB-Gesellschaft Gesellschaftsschulden gibt, die als negatives Gesellschaftsvermögen gesehen werden können. Diese Gesellschaftsschulden können auf Rechtsgeschäft, einer ungerechtfertigten Bereicherung oder auf unerlaubter Handlung beruhen. Bei der unerlaubten Handlung ist darauf zu achten, daß Verrichtungsgehilfe i. S. d. § 831 BGB nur ein Angestellter oder Arbeiter der Gesellschaft, nicht aber ein Gesellschafter selbst sein kann, da es dem Gesellschafter an der Weisungsgebundenheit gegenüber der Gesellschaft fehlt. Eine neuere Meinung in der Literatur läßt die Gesellschaft für unerlaubte Handlungen einzelner Gesellschafter analog § 31 BGB haften.

Für Gesellschaftsschulden haften die Gesellschafter in der BGB-Gesellschaft mit dem Gesellschaftsvermögen und mit ihrem Privatvermögen gem. §§ 427, 431 BGB gesamtschuldnerisch. Handelt es sich um eine Forderung wegen ungerechtfertigter Bereicherung, so ist die Haftung auf das Gesellschaftsvermögen beschränkt. Auch bei einer entsprechenden Anwendung des § 31 BGB wird jedenfalls für die nichtgewerbliche BGB-Gesellschaft eine solche Haftungsbeschränkung angenommen.

1.) so auch Geilen in Staudinger-Geilen, § 714, Anm. 12

Die Gesellschafter können ihre Haftung auch auf das Gesellschaftsvermögen beschränken, wenn sie es mit dem Vertragspartner selbst oder durch ihren Vertreter vereinbaren. Eine weitere Möglichkeit der Haftungsbeschränkung liegt darin, die Vertretungsmacht des Geschäftsführers einzuschränken. Hierbei ist jedoch darauf zu achten, daß eine solche Beschränkung oft durch Regeln des Gutglaubensschutzes durchbrochen werden kann.

§ 6 Die Kommanditgesellschaft vor Eintragung als BGB-Gesellschaft mit beschränkter Haftung

Hier soll versucht werden, die KG vor Eintragung, die kein Grundhandelsgewerbe betreibt und nach bisheriger Meinung in der Literatur lediglich eine BGB-Gesellschaft ist 1.), an Hand ihrer Haftungsregeln näher zu charakterisieren. Dazu ist schon in § 5 die Haftung in der BGB-Gesellschaft untersucht worden. Eines der Ergebnisse des § 5 war die Feststellung, daß auch in der BGB-Gesellschaft die Haftung der Gesellschafter auf das Gesellschaftsvermögen beschränkt werden kann. Im Folgenden soll nun die Frage beantwortet werden, welche Ausgestaltung diese Haftungsbeschränkung bei der KG vor Eintragung als BGB-Gesellschaft findet.

1. Die "stillschweigende" Haftungsbeschränkung beim Kontrahieren einer KG vor Eintragung ohne Grundhandelsgewerbe

1.1 Schließen die Gesellschafter einer KG vor Eintragung mit einem Dritten einen Vertrag, so kann der Fall einer

---

1.) RGRK - Fischer, § 105, Anm. 62 b; RGRK - Schilling, § 161, Anm. 39; Schlegelberger/Geßler, § 123, Anm. 7; Hueck, Ges. R., S. 45

"Stillschweigende" Haftungsbeschränkungen sind möglich. Das gilt vor allem dann, wenn die zukünftigen Kommanditisten und Komplementäre jeweils als solche aufgetreten sind. Eine stillschweigende Haftungsbeschränkung auf das Gesellschaftsvermögen ist für den nicht rechtsfähigen Verein vom RG schon 1907 anerkannt worden 1.). Danach gilt die gesamtschuldnerische Haftung aus §§ 427, 714 BGB nur im Zweifel; sie sei ausgeschlossen, wenn in dem abgeschlossenen Vertrage ausdrücklich oder stillschweigend etwas anderes verabredet sei. Das sei vor allem dann der Fall, wenn die Satzung des Vereins solche Haftungsbeschränkungen auf das Gesellschaftsvermögen vorsähe. Diese Auslegung des § 427 BGB wird heute auch auf die BGB-Gesellschaft bezogen 2.). Das bedeutet, daß die im KG-Vertrag vereinbarte Haftungsbeschränkung stillschweigend bei dem mit einer KG vor Eintragung geschlossenen Vertrag Geltung haben kann.

1.2 Diese allgemeine Aussage bedarf allerdings einiger Korrekturen. Bei der BGB-Gesellschaft wird die uneingeschränkte Möglichkeit, die Haftung der Gesellschafter nach § 427 BGB zu beschränken, nur für die Alternative Teilschuld statt Gesamtschuld anerkannt. So verfährt die Rechtsprechung heute beim Grundstückskauf, schließt bei der künftigen Wohnungseigentümergemeinschaft die Gesamtschuld völlig aus und läßt somit den Eintritt der gesamtschuldnerischen Haftung nach § 427 BGB zur Ausnahme werden 3.). Das wird damit begründet, daß beim Bau von Eigentumswohnungen der Handwerker vernünftigerweise nicht davon ausgehen könne, daß der einzelne Eigentümer für die gesamte Bauforderung haften wolle. Dagegen wird hier eine stillschweigende Haftungsbeschränkung auf die Teilschuld angenommen 4.).

1.) RG JW 1907, 134

2.) Palandt - Fischer, § 427, Anm. 3; Nicknig, S. 18

3.) OLG Frankfurt, MDR 60, 229; BGH NJW 59, 2160; OLG Karlsruhe, Justiz 59, 42

4.) BGH WM 58, 1221

1.3 Eine so großzügige Anwendung der stillschweigenden Haftungsbeschränkung kann für die Beschränkung der Haftung der BGB-Gesellschafter auf das Gesellschaftsvermögen nicht ohne weiteres angenommen werden. Es muß feststehen, daß die Parteien - wenn auch stillschweigend - etwas anderes verabredet haben, als in § 427 BGB geregelt ist 1.). Nicknig begründet diese Vorsicht gegenüber der Haftungsbeschränkung der BGB-Gesellschafter auf das Gesellschaftsvermögen mit dem Gesichtspunkt des Gläubigerschutzes. In der BGB-Gesellschaft sei ein Mindestkapital nicht erforderlich. Die Möglichkeiten zum Schutz eventuell vorhandenen Gesellschaftsvermögens seien gering und die BGB-Gesellschaft unterliege keinerlei Publizitätsvorschriften. Daher dürfe von der vom Gesetz vorgesehenen persönlichen Verpflichtung der Gesellschafter, die in erster Linie Haftungsgrundlage für die Gläubiger sei, nicht ohne strenge Prüfung der Voraussetzungen abgewichen werden 2.).

Aus dem zuvor Gesagten folgt für die KG vor Eintragung, daß die zukünftigen Kommanditisten schon vor der Eintragung bei Verträgen mit Dritten ihre Haftung auf das Gesellschaftsvermögen, d. h., ihre geleistete Einlage, beschränken können. Das kann ausdrücklich oder stillschweigend geschehen. Treten sie dem Vertragspartner gegenüber erkennbar als Kommanditisten auf, dürfen sie damit ihren Willen zum Ausdruck gebracht haben, nur beschränkt haften zu wollen. Läßt sich der Vertragspartner darauf ein, so kommt es zu einer stillschweigenden Haftungsbeschränkung 3.).

1.) Soergel - Schmidt, § 427, Anm. 1

2.) Nicknig, S. 18

3.) Bei diesem Beispiel wird davon ausgegangen, daß vor Eintragung der KG sämtliche Gesellschafter - zukünftige Kommanditisten wie Komplementäre - als BGB-Gesellschafter mit dem Dritten kontrahieren, ohne von Vertretungsmöglichkeiten Gebrauch zu machen.

2. Die Beschränkung des Komplementärs einer KG vor Eintragung in seiner Vertretungsmacht

2.1 Wie schon oben in § 5 festgestellt wurde, können die Gesellschafter einer BGB-Gesellschaft ihre Haftung dadurch auf das Gesellschaftsvermögen beschränken, daß sie die Vertretungsmacht ihres Geschäftsführers, die sich aus § 714 BGB ergibt, beschränken. Eine solche Beschränkung ist bei der BGB-Gesellschaft regelmäßig im Gesellschaftsvertrag enthalten. Sie kann aber auch noch später vereinbart werden 1.). Zu überlegen ist nun, ob der zukünftige Kommanditist den Komplementär (und Geschäftsführer der vor Eintragung bestehenden BGB-Gesellschaft) im KG-Gesellschaftsvertrag in seiner Vertretungsmacht schon so beschränkt hat, daß dieser ihn nur bis zur Höhe seiner noch nicht geleisteten Einlage, bzw. auf das Gesellschaftsvermögen verpflichten kann.

Das OLG Stuttgart hat hierzu in seiner Entscheidung vom 8.12.1953 festgestellt, daß in dem Fall, daß eine KG nicht zustandekomme, da es sich um einen kleinhandwerklichen Betrieb handele, die im KG-Gesellschaftsvertrag vereinbarte Haftungsbeschränkung der Kommanditisten und die entsprechende Beschränkung der Vertretungsmacht des Komplementärs auch auf die bestehende BGB-Gesellschaft anwendbar sei. Im Einzelfalle sei es Auslegungsfrage, ob sich aus dem Gesellschaftsvertrag eine solche Beschränkung der Vertretungsmacht ergebe. Hier sei jedoch mindestens der Wille der Gesellschafter zum Ausdruck gekommen, daß es dem "Komplementär" als Geschäftsführer nicht gestattet sein solle, die Kommanditisten über die Einlage hinaus haftbar zu machen 2.), 3.). Der Auffassung

---

1.) Nicknig, S. 20

2.) OLG Stuttgart, MDR 54, 169

3.) In dieser Entscheidung hat das Gericht auch darauf hingewiesen, daß der Dritte, der mit dem Geschäftsführer einer BGB-Gesellschaft kontrahiere, verpflichtet sei, dessen Vertretungsmacht zu prüfen. Hierauf wird unten noch einzugehen sein.

des OLG hat sich der BGH angeschlossen, als er diese Grundsätze auch auf den Fall anwandte, daß eine früher existente KG wegen der Änderung des Gesellschaftszweckes in eine BGB-Gesellschaft umgewandelt wurde 1.). Der BGH ist dabei sogar noch weiter als das OLG Stuttgart gegangen und hat entschieden, daß unter den gegebenen Voraussetzungen im Regelfalle die bisherige Geschäftsführungs- und Vertretungsregelung weiter gelte. Die organschaftliche Vertretungsmacht der Komplementäre habe sich in eine rechtsgeschäftliche Vollmacht verwandelt, die den bisherigen Vertretungsregeln unterworfen sei. Aus dem, was das OLG Stuttgart noch der Auslegung des Gesellschaftsvertrages entnahm, ist beim BGH ein Regelfall geworden.

Gegen diese Rechtsprechung wenden sich Beyerle und Kornblum, wobei Beyerle die Anwendung der Regeln der Kommanditgesellschaft bezüglich der Haftungsbeschränkung und Beschränkung der Vertretungsmacht auf die aus einer KG entstandene BGB-Gesellschaft im Regelfall nicht anwenden will, da zum einen die Verteilung der Herrschaftsrechte in der BGB-Gesellschaft anders sei als in der KG und die Haftung dementsprechend ausgestaltet sein müsse, und zum anderen die Beschränkung der Vertretungsmacht in der umgewandelten BGB-Gesellschaft für einen Dritten nicht ohne weiteres erkennbar sei. Der Dritte müsse hier nicht nur wissen, daß die KG sich in eine BGB-Gesellschaft umgewandelt habe, sondern er müsse auch noch die oben genannte BGH-Rechtsprechung kennen. Solche Anforderungen aber dürfen an den Dritten nicht gestellt werden 2.). Kornblum stellt darauf ab, daß man nicht mit dem BGH den Gesellschafterwillen so interpretieren könne, daß die früheren Kommanditisten nach der Umwandlung in ihrer "Statistenrolle" beharren wollten, sondern

---

1.) BGH NJW 71, 1698

2.) Beyerle, Gesetzliche Umwandlung einer OHG und KG in eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts, NJW 72, 229 ff., 230

daß man davon ausgehen könne, daß sie als BGB-Gesellschafter ihre Geschäftsführungsrecht wahrnehmen wollten. In diesem Falle aber könne auch nicht mehr die korrespondierende Haftungsbeschränkung in Betracht kommen 1.). Darüber hinaus lehnt Kornblum, Beyerle folgend, die Fortgeltung der Haftungsbeschränkung aus Gründen des Gläubigerschutzes ab.

2.2 Die Lösung des Meinungsstreites liegt in folgenden Überlegungen, die den Fall der KG vor Eintragung betreffen. Zum einen kann bei der KG vor Eintragung wesentlich mehr als bei der in eine BGB-Gesellschaft umgewandelten früheren KG auf den im Gesellschaftsvertrag manifestierten Willen der Gesellschafter abgestellt werden, der in den Gründungsstadien einer KG eher auf die Anwendung von KG-Regeln ausgerichtet ist als bei der Auflösung oder Umwandlung einer schon länger existierenden KG in eine BGB-Gesellschaft. Daher kann Kornblums Überlegung hier nicht zum Tragen kommen, die darauf hinausläuft, daß man nicht davon ausgehen könne, daß der frühere Kommanditist nach Umwandlung der Gesellschaft in eine BGB-Gesellschaft in seiner Statistenrolle beharren wolle.

Auch dem Gläubigerschutz kommt im vorliegenden Falle nicht die Bedeutung zu, die ihm Beyerle und Kornblum geben wollen. Der Dritte kontrahiert mit dem Vertreter einer Gesellschaft, die zwar nach h. M. noch BGB-Gesellschaft ist 2.), nach außen hin jedoch schon in der Regel als KG auftritt. Er muß also mit einer Haftungsbeschränkung eines Teiles der Gesellschafter rechnen. Des weiteren muß er auch damit rechnen, daß der

---

1.) Kornblum, Die Auswirkung der "gesetzlichen" Umwandlung einer Kommanditgesellschaft in eine BGB-Gesellschaft auf die Geschäftsführung und Vertretungsbefugnis der Gesellschafter, BB 72, 1032

2.) "Mitunternehmer - BGB-Gesellschaft", wie K. Schmidt sie nennt.

Vertreter der Gesellschaft in seiner Vertretungsmacht beschränkt ist. Ist dies aber die Regel, so muß der mit dem Vertreter der Gesellschaft kontrahierende Dritte die Vertretungsmacht nachprüfen, wenn er eine Haftungsbeschränkung der zukünftigen Kommanditisten ausschließen will. Eine solche Prüfungspflicht, die sich hier ergibt, ist in der Literatur anerkannt 1.). Läßt sich also der Dritte, der mit dem Geschäftsführer der BGB-Gesellschaft und zukünftigem Komplementär kontrahiert, den Gesellschaftsvertrag der KG als Vollmachtsurkunde vorlegen, so kann er erkennen, daß die Vertretungsmacht des Geschäftsführers beschränkt ist. Daher ist der Rechtsprechung und dem Teil der Literatur zu folgen, die der Auffassung sind, daß die KG-Regeln über die Haftungsbeschränkung und die Beschränkung der Vertretungsmacht auch schon auf die Mitunternehmer - BGB - Gesellschaft angewandt werden können.

3. Zusammenfassung

Bei der Kommanditgesellschaft vor Eintragung können die zukünftigen Kommanditisten in Verträgen mit Dritten ihre Haftung auf das Gesellschaftsvermögen beschränken. Diese Haftungsbeschränkung kann ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen. Treten die Gesellschafter für den Dritten erkennbar als Kommanditisten auf, dürften sie damit ihren Willen zum Ausdruck gebracht haben, nur beschränkt haften zu wollen.

Eine weitere Haftungsbeschränkung der Kommanditisten kann sich daraus ergeben, daß sie die Vertretungsmacht des Komplementärs im Gesellschaftsvertrag schon so beschränken, daß dieser die Kommanditisten nur noch bis zur Höhe der (noch nicht geleisteten) Einlage, bzw. auf das Gesellschaftsvermögen verpflichten kann.

1.) Staudinger-Keßler, § 714, Anm. 12; RGRK - Fischer, § 714, Anm. 7; OLG Stuttgart, MDR 54, 170

§ ' Die Rechtsscheinshaftung der Gesellschafter vor Eintragung der Kommanditgesellschaft

In diesem Paragraphen soll untersucht werden, welchen Platz neben der zuvor beschriebenen Haftung der zukünftigen Kommanditisten einer KG vor Eintragung ohne Grundhandelsgewerbe nach § 1 Abs. 2 HGB die Rechtsscheinshaftung einnimmt. Wie schon zuvor festgestellt wurde, haften die zukünftigen Kommanditisten wie BGB-Gesellschafter, wobei diese Haftung auf die noch nicht geleistete Einlage, bzw. das Gesellschaftsvermögen beschränkt werden kann. Im Rahmen dieser Haftung und über sie hinaus sind weitere Fallgruppen denkbar, in denen die Haftung aus Rechtschein zur Anwendung kommt.

1. Anwendung bei der Frage des Umfanges der Vertretungsmacht

1.1 In § 6 ist ausgeführt worden, daß der Dritte, der mit dem Geschäftsführer und Vertreter der Gesellschaft (meist dem zukünftigen Komplementär der KG) kontrahiert, eine Prüfungspflicht in Bezug auf die Vertretungsmacht hat 1.). Erkundigt sich der Dritte nun beim Vertreter der Gesellschaft nach dem Umfang der Vertretungsmacht und erhält er von diesem eine falsche Auskunft, so kann ein Fall gegeben sein, in dem sich die Gesellschafter und zukünftigen Kommanditisten daran festhalten lassen müssen. Auch wenn der Vertragspartner nur nach der Vollmacht fragt, anstatt sich eine Vollmachtsurkunde vorlegen zu lassen (wie z.B. den Gesellschaftsvertrag), muß sein Vertrauen geschützt werden 2.).

1.) so auch Staudinger - Keßler, § 714, Anm. 12; RGRK - Fischer, § 714, Anm. 7; OLG Stuttgart, MDR 54, 170

2.) Nicknig, S. 27

Aus der ursprünglich beschränkten Haftung kann so wieder eine unbeschränkte werden. Das gilt vor allem, wenn eine "Anscheinsvollmacht" vorliegt, d.h., wenn der Vertretene das Handeln des Vertreters zwar nicht kennt, "aber bei pflichtgemäßer Sorgfalt hätte kennen und verhindern können und der Geschäftsgegner das Verhalten des Vertreters nach Treu und Glauben dabei so auffassen durfte, daß es dem Vertretenen bei verkehrsmäßiger Sorgfalt nicht hätte verborgen bleiben können" 1.). Die Rechtsprechung und Canaris in seiner weiterführenden Untersuchung, haben die Grundsätze über die Anscheinsvollmacht zwar zunächst nur für den Kaufmann gelten lassen. Insbesondere Canaris will sie aber auch anwenden "wenn jemand wie ein Kaufmann am Verkehrsleben teilnimmt, wenn man von ihm die Kenntnis kaufmännischer Bräuche erwarten kann und sein Betrieb ähnlich wie der eines Kaufmannes organisiert ist oder sein müßte" 2.). Das aber kann man von der KG vor Eintragung, einer "Mitunternehmer - BGB - Gesellschaft" annehmen, so daß auch hier die Anscheinsvollmacht zum Tragen kommt 3.).

1.2 Außer auf Grund der Anscheinsvollmacht können die zukünftigen Kommanditisten auch im Rahmen der Duldungsvollmacht unbeschränkt verpflichtet werden 4.). Duldungsvollmacht liegt dann vor, wenn die späteren Kommanditisten wissen, daß der Vertreter nach außen hin schon einmal als Vertreter mit unbeschränkter - oder nicht so beschränkter - Vertretungsmacht aufgetreten ist und sie dieses Auftreten geduldet haben. Kann der Vertragspartner auf die Unbeschränktheit der Vertretungsmacht vertrauen, wird aus der

---

1.) BGHZ 5, 111; BGH LM Nr. 8, 10, 11, 13 zu § 167 BGB; Canaris, Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, 1971, S. 48

2.) Canaris, Vertrauenshaftung, S. 230

3.) Nicknig, S. 27

4.) Soergel - Schultze - v. Lasaulx, § 714, Anm. 4

ursprünglich beschränkten Haftung wieder eine unbeschränkte. Der Dritte verdient diesen Vertrauensschutz, da die angehenden Kommanditisten durch das Dulden der entsprechenden Überschreitung der Vertretungsmacht einen Rechtscheinstatbestand erfüllt haben 1.); die Vertretenen haben es im übrigen gerade in der Hand, diesen aufgekommenen Rechtschein zu beseitigen 2.).

2. Rechtscheinsgrundsätze in dem Fall, in dem eine direkte Haftung der künftigen Kommanditisten als BGB-Gesellschafter nicht gegeben ist

2.1 Über das Problem der Haftung der zukünftigen Kommanditisten in einem Fall, in dem die oben untersuchte Haftung als BGB-Gesellschafter nicht in Betracht kam, hatte der BGH in seinen Entscheidungen vom 13.7.1972 3.) und 25.6.1973 4.) zu befinden. In beiden Fällen hatte der Geschäftsführer einer GmbH, die ihrerseits zukünftige Komplementärin einer KG ohne Grundhandelsgewerbe nach § 1 Abs. 1 HGB war, für die GmbH u. Co. einen Wechsel als Akzeptant, bzw. Aussteller unterzeichnet. Der BGH ging bei der Lösung des Haftungsproblems zunächst einmal davon aus, daß die zukünftigen Kommanditisten keinesfalls als BGB-Gesellschafter hafteten, da eine BGB-Gesellschaft nicht wechselfähig sei. Das wurde damit begründet, daß die BGB-Gesellschaft nicht Inhaberin von Rechten und Pflichten sein könne 5.).

1.) Canaris, Vertrauenshaftung, S. 75
2.) Nicknig, S. 27
3.). NJW 72, 1661
4.) NJW 73, 1691
5.) BGH NJW 72, 1661; Baumbach/Hefermehl, WG, Einl. Anm. 18

Während der BGH in seiner ersten Entscheidung nicht in die Prüfung einer Rechtscheinshaftung der zukünftigen Kommanditisten eintrat, sondern auf die tatsächlichen Feststellungen des Berufungsgerichtes verwies, die eine Rechtscheinshaftung ausschlössen, befaßte er sich in dem Urteil vom 25.6.1973 1.) ausführlich mit der Rechtscheinshaftung. Wer einen Wechsel entgegennehme, tue das in der Regel im Vertrauen darauf, daß der, der den Wechsel unterzeichnet habe, ihm auch daraus hafte und daß er vor allem auch als die Person oder Gesellschaft hafte, als die er unterzeichnet habe. Gerade auf diesem Vertrauen beruhe die Umlauffähigkeit eines Wechsels. Wenn namens einer Handelsgesellschaft ein Wechsel unterzeichnet werde, dann reiche es für das zu schützende Vertrauen des Wechselgläubigers aus, wenn dieser davon ausgegangen sei, daß die Handeslgesellschaft, mit der er in Geschäftsverbindung gestanden habe und von der er Wechsel entgegengenommen habe, sich unter dem Namen und in der Rechtsform, mit denen sie im Rechtsverkehr den Gläubigern gegenüber zuletzt aufgetreten sei, ihm gegenüber wechselmäßig wirksam verpflichtet habe. Hätten die zukünftigen Kommanditisten der Geschäftsaufnahme vor Eintragung der KG zugestimmt, dann hafteten sie hier nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen aus veranlaßtem Rechtsschein. Wenn nämlich BGB-Gesellschafter unmittelbar oder durch einen Geschäftsführer als ihrem Vertreter im Rechtsverkehr den Anschein erweckt hätten, ihr Zusammenschluß sei eine Handelsgesellschaft und diese sei Trägerin der Geschäfte, so müßten sie sich gegenüber dem Geschäftspartner, der darauf vertraue, so behandeln lassen, als seien sie tatsächlich Gesellschafter einer bestehenden Handelsgesellschaft 2.).

2.2 Diese BGH-Entscheidungen, auf die unten noch einmal in einem anderen Zusammenhang eingegangen wird, haben

---

1.) NJW 73, 1691

2.) BGH NJW 73, 1963; so auch RGRK - Fischer, § 124, Anm. 14 und RGRK - Schilling, § 176, Anm. 19

mannigfaltige Kritik hervorgerufen. Ein Teil der Kritik bezieht sich auf die Aussage bezüglich der Wechselrechtsunfähigkeit der Mitunternehmer - BGB-Gesellschaft. Schmidt, einer der Kritiker, geht dabei in einem Aufsatz 1.) von der neueren h. M. 2.) zur Gesamthands-Wechselschuld des nichtrechtsfähigen Vereines aus. Diese Lehre sei beim nichtrechtsfähigen Verein in bewußter Antithese zur BGB-Gesellschaft entwickelt worden. Bei dem Sondertypus der Mitunternehmer - BGB - Gesellschaft sei jedoch zu überlegen, ob nicht auch hier in Bezug auf die Wechselrechtsfähigkeit Sonderregelungen zu entwickeln seien. Wenn auch die BGB-Gesellschaft selbst nicht wechselrechtsfähig sei, so müsse doch gefragt werden, ob die Mitunternehmer - BGB - Gesellschafter in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit nicht Wechselschuldner sein könnten wie auch die Mitglieder des nichtrechtsfähigen Vereines es seien. Schmidt sieht dabei allerdings, daß sich diese Konstruktion von der bisherigen gesetzgeberischen Wertung entfernt und nur durch eine weitgreifende Rechtsfortbildung gerechtfertigt werden kann 3.).

Ein anderer Kritiker, Canaris, kommt in seiner Entscheidungsbesprechung 4.) über die Grundsätze der Rechtscheinshaftung zu einer wechselrechtlichen Haftung der KG vor Eintragung als Mitunternehmer - BGB - Gesellschaft, und nicht nur zu einer Haftung der Gesellschafter, wie der BGH. Dadurch werde keineswegs die Wechselrechtsfähigkeit der BGB-Gesellschaft erschlichen, oder die Schein-KG zu einer echten, schon eingetragenen KG, sondern die KG vor Eintragung werde lediglich zugunsten des Vertrauenden als passiv wechselrechtsfähig behandelt. Darüber hinaus handele es sich

---

1.) Schmidt, Wechselrechtsfähigkeit einer nichteingetragenen Personengesellschaft mit baugewerblichem Unternehmen? - BGHZ 59, 179, JuS 73, 83 ff.

2.) Baumbach/Hefermehl, WG, Einl., Anm. 18;
Soergel - Schultze - v.Lasaulx, § 54, Anm. 34;
Schwerdtner, JR 1973, 320

3.) Schmidt, JuS 73, 85

4.) NJW 74, 455

hier nicht um eine gewöhnliche BGB-Gesellschaft, sondern um den Sonderfall einer KG vor Eintragung, so daß auch daher kein Verstoß gegen das Dogma von der mangelnden Wechselrechtsfähigkeit der BGB-Gesellschaft gegeben sei. Canaris wendet § 124 HGB, aus dem sich die Wechselrechtsfähigkeit von KG und OHG ergibt, analog auf die Schein-KG an und leitet konstruktiv gesehen die Wechselrechtsfähigkeit der KG vor Eintragung aus dieser analogen Anwendung her.

2.3 Die Auffassung von Canaris überzeugt nicht. Die Anwendung der Rechtsscheinshaftung hat den Zweck, Vertrauensschutz zu gewähren. Das gilt insbesondere im Wertpapierrecht, in dem der Rechtscheinsgedanke schon verhältnismäßig früh Eingang gefunden hat, der dem vordringlichen Bedürfnis dieser Rechtsmaterie nach Schutz des Vertrauens auf äußere Tatbestände besonders entgegenkommt 1.). Die Auffassung von Canaris aber, die KG vor Eintragung hafte als Gesellschaft aus Rechtscheinsgrundsätzen wechselrechtlich, läßt sich nicht mit der Notwendigkeit des Schutzes des gutgläubigen Dritten begründen. Der Dritte ist schon dadurch geschützt, daß die zukünftigen Kommanditisten, die der Geschäftsaufnahme zugestimmt haben, aus Rechtscheinsgrundsätzen haften. Nach Canaris müßten auch die Gesellschafter, die der Geschäftsaufnahme nicht zugestimmt haben, im Endergebnis jedenfalls mit ihrem Anteil am Gesellschaftsvermögen für die Wechselschuld aufkommen. Das aber entspricht gerade nicht den Rechtscheinsgrundsätzen, nach denen nur der, der selbst einen Rechtschein gesetzt hat, dem gutgläubigen Geschäftsgegner dafür einstehen soll. Auch die analoge Anwendung des § 124 HGB auf die KG vor Eintragung ist abzulehnen, wie schon oben in § 3 ausgeführt wurde.

Schmidt - wie Canaris - ist jedoch in der Auffassung zu folgen, die darauf hinausläuft, daß die Mitunternehmer - BGB -

---

1.) Canaris, Vertrauenshaftung, S. 232

Gesellschaft als Sondertypus der BGB-Gesellschaft auch bezüglich der Wechselrechtsfähigkeit anderen Regeln unterworfen sein sollte als die gewöhnliche BGB-Gesellschaft. Dabei bietet sich die gesamthänderische Verpflichtung, so wie sie beim nicht rechtsfähigen Verein anerkannt wird, als Möglichkeit an, auch die Mitunternehmer - BGB - Gesellschafter und zukünftigen Kommanditisten aus dem namens der noch nicht eingetragenen KG gezeichneten Wechsel haften zu lassen. Die Anerkennung dieser Lösung des Problemes darf, wie Schmidt zurecht dargelegt hat 1.), allerdings nicht von heute auf morgen erwartet werden.

3. Die Haftungsbeschränkung in der Rechtscheinshaftung

3.1 Auch im Rahmen der Rechtscheinshaftung ist zu überlegen, ob die zukünftigen Kommanditisten einer KG ohne Grundhandelsgewerbe nur beschränkt haften, oder ob sie unbeschränkt haften, wie es § 176 Abs. 1 HGB für die KG mit Grundhandelsgewerbe vorsieht. In dieser Frage besteht ein Meinungsstreit zwischen Literatur und BGH-Rechtsprechung. Der BGH ist der Auffassung, daß die Rechtscheinshaftung der Gesellschafter einer KG vor Eintragung nur bedeuten könne, daß die Gesellschafter jeweils so hafteten, wie wenn die KG schon entstanden wäre, d.h., beschränkt auf den Betrag der als eingetragen zu unterstellenden Einlage, soweit dies der Gesellschaftsvertrag vorsehe 2.). Dabei komme es nicht darauf an, daß der Gläubiger wisse, ob der Gesellschafter nur Kommanditist oder ob er Komplementär sein solle. Das Vertrauen, das beim Gläubiger geschützt werden solle, erstrecke sich nicht darauf, daß ihm ein bestimmter Gesellschafter unbeschränkt hafte. Als Begründung für seine Auffassung, daß der zukünftige Kommanditist in der Rechtscheinshaftung nur beschränkt hafte,

---

1.) JuS 73, 85

2.) BGH NJW 73, 1693

gibt der BGH an, daß zum einen nach der ausdrücklichen Vorschrift des § 176 Abs. 1, S. 2 HGB die unbeschränkte Haftung des Kommanditisten entfällt, wenn es sich um ein Unternehmen ohne Grundhandelsgewerbe handelt. Zum anderen spreche gegen die unbeschränkte Haftung der die Reichweite einer jeden Rechtscheinshaftung bestimmende Grundsatz, daß die Rechtscheinshaftung nicht weiter gehen darf als die Haftung ginge, wenn der Schein der Rechtswirklichkeit entspricht 1.).

3.2 Entgegengesetzter Auffassung ist ein überwiegender Teil der Literatur, der meint, daß die Gesellschafter einer noch nicht bestehenden, nicht eingetragenen KG, die mit Zustimmung ihrer Gesellschafter fälschlich als KG auftritt, sich so behandeln lassen müßten, als bestehe bereits eine KG, die allerdings noch nicht eingetragen sei. Der zukünftige Kommanditist hafte daher wie ein Kommanditist einer noch nicht eingetragenen Gesellschaft, d. h., nach § 176 Abs. 1 HGB unbeschränkt 2.). Ausgangspunkt der Überlegungen ist dabei, daß auch § 176 Abs. 1 HGB Ausfluß der Rechtsscheinshaftung sei. Der primäre Vertrauenstatbestand bei der lediglich nicht eingetragenen Gesellschaft und bei der hier zur Debatte stehenden Schein-Gesellschaft liege in jedem Fall darin, daß die Gesellschaft im Rechtsverkehr als Handelsgesellschaft auftrete. An diesen Vertrauenstatbestand knüpfe das Gesetz in § 176 Abs. 1 HGB als Folge die unbeschränkte Haftung der Kommanditisten, die der Geschäftsaufnahme zugestimmt hätten. Da kein Grund ersichtlich sei, bei der Schein-Gesellschaft einen geringeren Vertrauensschutz

---

1.) BGH NJW 73, 1693; BGH NJW 55, 983; BGH NJW 54, 793

2.) Schlegelberger/Geßler, § 176, Anm. 11;
Baumbach/Duden, § 176, Anm. 1 C;
RGRK - Fischer, § 176, Anm. 19;
OLG Nürnberg, WM 61, 126; Schwerdtner, JR 1973, 320

zu gewähren, sei die unterschiedliche Behandlung, wie sie der BGH vornehme, nicht gerechtfertigt. Es sei in beiden Fällen Sache der Gesellschafter, den Vertrauenstatbestand durch die Eintragung der Haftungsbeschränkung zu beseitigen 1.).

Beyerle spricht vom "nicht einzusehenden Haftungsprivileg" der Sollkommanditisten bei der nicht handelsgewerblichen Soll-KG. Die Eintragung der nicht handelsgewerblichen Gesellschaft sei eine eintragungsbedürftige Tatsache i.S. des § 15 Abs. 1 HGB. Sie könne einem Dritten erst entgegengesetzt werden, wenn dieser sie kenne. Da bei einer konstitutiven Eintragung aus logischen Gründen eine von der Eintragung abhängige Tatsache nicht schon vor der Eintragung bekannt sein könne, könne auch die nicht eingetragene Gesellschaft keinem Dritten entgegensetzen, sie hafte nur wie eine eingetragene Gesellschaft 2.). Billige man daher den BGB-Gesellschaftern, die zu Unrecht die Firma einer KG führten, das Haftungsprivileg der eingetragenen Kommanditisten zu, so stelle man sie besser als Kommanditisten einer wirklichen, nicht eingetragenen KG, die nach § 176 Abs. 1 HGB unbeschränkt hafteten 3.).

3.3 Die Auffassung des überwiegenden Teiles der Literatur hat den Vorteil, daß durch die unbeschränkte Rechtscheinshaftung auch der zukünftigen Kommanditisten einer KG ohne Grundhandelsgewerbe auf dem Sektor der Haftung vor Eintragung die unglückliche Unterscheidung 4.) zwischen Gesellschaften mit Grundhandelsgewerbe und Gesellschaften ohne

---

1.) Fischer, Rechtscheinshaftung bei der nicht eingetragenen KG, NJW 73, 2188 ff.
2.) Beyerle, Der unbeschränkt haftende Kommanditist, Köln 1976, S. 161
3.) Beyerle, Betriebs-Berater 1975, 945
4.) s. u. § 8

Grundhandelsgewerbe beseitigt wird. Für den Vertragspartner träte dadurch eine wesentliche Erleichterung ein, der - ohne juristische Vorkenntnisse - nicht unbedingt zwischen den beiden Arten von Kommanditgesellschaften unterscheiden kann. Nicht zutreffend allerdings ist die Begründung dieses Teils der Literatur, der auf die Haftung der zukünftigen Kommanditisten einer Gesellschaft ohne Grundhandelsgewerbe im Rahmen der Rechtscheinshaftung § 176 Abs. 1 HGB analog anwenden will, da der Vertrauenstatbestand darin bestehe, eine existente, aber noch nicht eingetragene KG vor sich zu haben. Der nicht gesellschaftsrechtlich vorgebildete Vertragspartner wird diese Unterscheidung wohl kaum machen, sondern annehmen, es mit einer "vollwirksamen", also auch eingetragenen KG zu tun zu haben. Der Dritte, dessen Vertrauen geschützt werden soll, sieht bei Vertragsschluß mit einer "KG" selten die Möglichkeit einer unbeschränkten Haftung auch der Kommanditisten nach § 176 Abs. 1 HGB.

Besser als es seiner Vorstellung entspricht, darf er aber aus Rechtscheinsgründen nicht gestellt werden. Zur Frage, warum zwischen der Haftung der Gesellschafter, die unberechtigterweise als KG firmieren und der Haftung der Kommanditisten nach § 176 Abs. 1 HGB unterschieden wird, soll hier vorab nur ein Hinweis auf die unterschiedliche gesetzliche Regelung gegeben werden. Ist die Gesellschaft auch ohne Eintragung nach §§ 123 Abs. 2, 161 HGB wirksam geworden, schreibt § 176 Abs. 1 HGB für alle Gesellschafter bis zur Eintragung die unbeschränkte Haftung vor. Bei der KG vor Eintragung, die dagegen kein Grundhandelsgewerbe betreibt, richtet sich die Haftung nach dem Recht der BGB-Gesellschaft und kann ausdrücklich oder auch konkludent eingeschränkt werden. Die Unterscheidung ist also zunächst einmal als Folge einer zulässigen schlüssig erklärten Haftungsbeschränkung zu sehen, die nur insoweit nicht berücksichtigt werden kann, als es der Schutz des redlichen Verkehrs erfordert 1.).

1.) BGH NJW 1977, 1684; so auch Teichmann/Schick, JuS 1975, 18 ff.

Aus dieser Überlegung heraus erscheint die Lösung des BGH, die zukünftigen Kommanditisten aus Rechtschein beschränkt haften zu lassen, zutreffend. DemBGH bereitet dabei § 176 Abs. 1, S. 2 HGB auch keine Probleme wie der Literatur. § 176 Abs. 1, S. 2 HGB schließt die zukünftigen Kommanditisten einer Gesellschaft ohne Grundhandelsgewerbe ausdrücklich von der unbeschränkten Haftung des § 176 Abs. 1, S. 1 HGB aus. Eine analoge Anwendung, wie der überwiegende Teil der Literatur sie in seiner Begründung vornimmt, verbietet sich daher.

Fischers Versuch, das Hindernis des § 176 Abs. 1, S. 2 HGB zu überwinden 1.), überzeugt nicht. Wenn er der Auffassung ist, die allgemeine Rechtscheinshaftung dürfe in Bezug auf den Haftungsmaßstab zu keinem anderen Ergebnis kommen als die Haftung nach § 176 Abs. 1 HGB, dann hat er insoweit recht, als die in § 176 HGB zum Tragen kommende unterschiedliche Behandlung von Gesellschaften mit und ohne Grundhandelsgewerbe kaum sinnvoll ist; er zieht jedoch daraus den falschen Schluß, die unbeschränkte Haftung auch auf die Kommanditisten einer KG ohne Grundhandelsgewerbe vor Eintragung ausweiten zu wollen.

Die BGH-Auffassung hat darüber hinaus den Vorteil, daß sie die oben erwähnte Haftung der zukünftigen Kommanditisten als BGB-Gesellschafter durch eine analog § 176 Abs. 1, S. 1 HGB unbeschränkte Haftung nicht gänzlich unmöglich macht.

4. Zusammenfassung

Trotz der in § 6 beschriebenen Haftung der zukünftigen Kommanditisten als BGB-Gesellschafter hat auch die Rechtscheinshaftung bei der KG vor Eintragung ihren Platz. Sie wird zunächst einmal bei der Frage angewandt, wie weit die Vertre-

---

1.) Fischer, NJW 73, 2189

tungsmacht geht, wenn sich die zukünftigen Kommanditisten beim Vertragsschluß mit einem Dritten vom zukünftigen Komplementär (dies ist die Regel) oder anderen Bevollmächtigten vertreten lassen. Dabei können Fälle von "Anscheins-" und "Duldungsvollmacht" vorliegen. Von einer "Anscheinsvollmacht" spricht man, wenn die angehenden Kommanditisten das Handeln ihres Vertreters zwar nicht kannten, es bei "pflichtgemäßer Sorgfalt aber hätten erkennen und verhindern können" 1.). Voraussetzung ist, daß der Vertragspartner gutgläubig und sein Vertrauen schützenswert ist. "Duldungsvollmacht" ist dann gegeben, wenn die zukünftigen Kommanditisten schon früher die Überschreitung der Vertretungsmacht ihres Bevollmächtigten geduldet haben und dadurch beim Vertragspartener Vertrauen in das Bestehen dieser Vertretungsmacht und ihres Umfanges geweckt haben 2.).

Daneben kommt die Rechtscheinshaftung zum Tragen, wenn die zukünftigen Kommanditisten nicht als BGB-Gesellschafter haften. Das ist z.B. der Fall, wenn namens der nicht eingetragenen KG ein Wechsel unterzeichnet wurde 3.). Nach bisher h. M. ist die BGB-Gesellschaft nicht wechselrechtsfähig 4.). Zwar gibt es eine beachtenswerte Richtung in der Literatur 5.), die auf den Sondertypus der Mitunternehmer-BGB-Gesellschaft die Lehre von der Gesamthands-Wechselschuld, die beim nichtrechtsfähigen Verein entwickelt wurde, anwenden will, doch ist diese Auffassung noch weit von der bisherigen gesetzgeberischen Wertung entfernt und kann nur im Rahmen einer weitgreifenden Rechtsfortbildung Anerkennung finden. Der Meinungsstreit, ob die zukünftigen Kommanditisten einer KG ohne Grundhandelsgewerbe vor Eintragung aus

---

1.) Canaris, Vertrauenshaftung, S. 48
2.) Canaris, Vertrauenshaftung, S. 75; Nicknig, S. 27
3.) BGH NJW 73, 1661
4.) BGH NJW 72, 1661; NJW 73, 1691; Baumbach/Hefermehl, WG, Einl., Anm. 18
5.) Schmidt, Wechselrechtsunfähigkeit, JuS 73, 83 ff.

Rechtschein beschränkt oder unbeschränkt haften, ist mit dem BGH zu entscheiden, der sich für eine beschränkte Haftung ausspricht 1.). Die Rechtscheinshaftung kann nicht weitergehen als die Haftung, die gegeben wäre, wenn der Schein der Rechtswirklichkeit entspräche. Die Rechtswirklichkeit (= Vertrauenstatbestand) ist die Existenz einer "vollwirksamen", d.h., auch eingetragenen, KG. Der Dritte, der mit einer Gesellschaft kontrahiert, die als KG auftritt, stellt sich in seinem Vertragspartner kaum eine existente, aber noch nicht eingetragene KG vor, wie ein Teil der Literatur bei der Begründung der Auffassung, die zukünftigen Kommanditisten hafteten aus Rechtschein unbeschränkt 2.), meint. Gegen die unbeschränkte Haftung der Kommanditisten einer KG ohne Grundhandelsgewerbe vor Eintragung spricht auch § 176 Abs. 1, S. 2 HGB, der die unbeschränkte Haftung für diese Kommanditisten ausdrücklich ausschließt.

§ 8 Die Haftung nach § 176 Abs. 1 HGB

1. Voraussetzungen für die Haftung nach § 176 Abs. 1

1.1 Während zuvor die Haftung von zukünftigen Kommanditisten einer Gesellschaft ohne Grundhandelsgewerbe untersucht wurde, geht es hier um die Haftung von Kommanditisten einer nicht eingetragenen KG, die ein Grundhandelsgewerbe betreibt, also Kaufmann im Sinne von § 1 Abs. 2 HGB ist. Die Haftung nach § 176 Abs. 1, S. 1 HGB hat zur Voraussetzung, daß die Gesell-

---

1.) BGH NJW 73, 1693

2.) Schlegelberger/Geßler, § 176, Anm. 11;
Baumbach/Duden, § 176, Anm. 1 C;
Fischer, Rechtscheinshaftung, NJW 73, 2188 ff.

schaft "Muß-Kaufmann" 1.) ist. Das ergibt sich aus § 176 Abs. 1, S. 2 HGB, wonach S. 1 nicht zur Anwendung kommt, soweit sich aus § 2 HGB etwas anderes ergibt. § 2 HGB beschreibt als eine Art Generalklausel den Kaufmann kraft Eintragung. Da für § 176 Abs. 1 HGB Voraussetzung einer Haftung vor Eintragung die Kaufmannseigenschaft der Gesellschaft ist und § 2 HGB anderen als den Muß-Kaufleuten die Kaufmannseigenschaft erst mit der Eintragung zuerkennt, kann für eine Haftung vor Eintragung nach § 176 HGB nur die KG in Frage kommen, die ein Grundhandelsgewerbe betreibt. Auf § 3 dieser Arbeit zurückverweisend kann man § 176 Abs. 1, S. 2 HGB so verstehen, daß für die Haftung eine jedenfalls schon bestehende, noch nicht eingetragene KG Voraussetzung ist.

1.2 Weitere Voraussetzung für die Haftung nach § 176 Abs. 1, S. 2 HGB ist, daß die Gesellschaft die Geschäfte schon begonnen hat. Hieraus ist zu entnehmen, daß es sich um eine schon bestehende, außenwirksame KG handeln muß, da ja die KG mit Grundhandelsgewerbe schon vor Eintragung nach außen hin wirksam wird, wenn sie den Geschäftsbetrieb aufnimmt (§ 123 Abs. 2 HGB). Über den Geschaftsbeginn gibt es in Rechtsprechung und Literatur Meinungsverschiedenheiten. Einig ist man sich lediglich in dem Erfordernis, daß irgendein Geschäft unter der Firma der Gesellschaft getätigt werden muß 2.). Dieses Geschäft braucht nicht dem zu betreibenden Grundhandelsgewerbe direkt zuzuordnen sein, sondern kann auch schon eine Vorbereitungshandlung sein, wie z. B. das Anmieten von Geschäftsräumen, Anstellen von Personal oder die Eröffnung eines Bankkontos 3.).

1.) Capelle, Handelsrecht, 16. Aufl., S. 13; Fabricius, Grundbegriffe des Handels- und Gesellschaftsrechts, 4. Aufl., S. 25

2.) Schlegelberger/Geßler, § 176, Anm. 2; RGRK - Schilling, § 176, Anm. 7

3.) RG DR 41, 1944; 43, 1221; Baumbach/Duden, § 123, Anm. 4

Nicht ausreichend ist, daß ein solches Vorbereitungsgeschäft von einem oder allen Gesellschaftern als Privatgeschäft betrieben wurde. Der oder die für die Gesellschaft Handelnden müssen nach außen hin zu erkennen geben, daß sie für die Gesellschaft handeln und daß der Dritte mit einer Gesellschaft abschließt 1.).

Nicht einig ist man sich in der Beantwortung der Frage, wer dem Geschäftsbeginn zugestimmt haben muß, damit dieser die Gesellschaft nach außen hin zur Entstehung bringt und die Wirkungen des § 176 HGB auslösen kann. Geßler ist der Auffassung, daß dem Geschäftsbeginn einer Gesellschaft alle Gesellschafter (Kommanditisten wie Komplementäre) zugestimmt haben müssen, damit die Wirkungen der §§ 123 Abs. 2 und 176 Abs. 1, S. 1 HGB eintreten 2.). Eine weniger deutliche Meinung vertritt Schilling, der ohne Prüfung über das Problem hinweggeht, indem er feststellt, daß Voraussetzung einer Haftung nach § 176 Abs. 1 HGB sei, daß eine Gesellschaft ihre Geschäfte begonnen habe und daß diese mit Zustimmung des in Anspruch genommenen Kommanditisten geschehen sei 3.). Zutreffend ist wohl die Ansicht, daß dem Geschäftsbeginn einer noch nicht eingetragenen KG mit Grundhandelsgewerbe nach Abschluß des Gesellschaftsvertrages nur noch die Komplementäre zugestimmt haben müssen, damit die Geschäftsaufnahme wirksam ist 4.). Wie schon oben ausgeführt, entsteht die ein Grundhandelsgewerbe betreibende KG im Innenverhältnis mit dem Abschluß des Gesellschaftsvertrages. Ab dann führen, falls der Gesellschaftsvertrag nichts Gegenteiliges bestimmt, die Komplementäre die Geschäfte der Gesellschaft. Im Rahmen dieser Geschäftsführungsbefugnis bestimmen sie die Aufnahme des

---

1.) RGRK - Schilling, § 176, Anm. 7
2.) Schlegelberger/Geßler, § 176, Anm. 2
3.) RGRK - Schilling, § 176, Anm. 7
4.) so Heymann/Kötter, § 176, Anm. 1

Geschäftsbeginnes. Nach Kötter ist die Zustimmung der Kommanditisten allerdings wesentlich für ihre eigene unbeschränkte Haftung nach § 176 Abs. 1 HGB 1.). Der Unterschied zu der Auffassung von Geßler liegt darin, daß nach Geßler die Haftung eines Kommanditisten nach § 176 Abs. 1 HGB nicht in Frage kommt, wenn der Geschäftsaufnahme nicht alle Komplementäre und Kommanditisten zugestimmt haben, so daß entweder alle Kommanditisten nach § 176 Abs. 1 HGB haften oder keiner, während nach der hier vertretenen Ansicht durchaus der eine Kommanditist haften kann, da er der Geschäftsaufnahme zugestimmt hat, und der andere nicht, da er der Geschäftsaufnahme durch die Komplementäre seine Zustimmung versagt hat.

1.3 Aus dem Wortlaut des § 176 Abs. 1, S. 1 ergibt sich, daß Voraussetzung für die unbeschränkte Haftung der Kommanditisten ist, daß die Kommanditgesellschaft noch nicht im Handelsregister eingetragen ist. Dabei genügt die Anmeldung zur Eintragung nicht, die Haftung nach § 176 HGB entfallen zu lassen 2.), vielmehr muß die Eintragung selbst vorgenommen sein. Eingetragen sein müssen die KG als solche, so wie die Gesellschafter in ihrer Stellung als Kommanditisten, um ihre unbeschränkte Haftung wegfallen zu lassen 3.). Diese Forderung ergibt sich zwar nicht aus dem Gesetzeswortlaut, doch entspricht sie Sinn und Zweck des § 176 HGB, Klarheit darüber zu schaffen, wer beschränkt und wer unbeschränkt haftet 4.). Fraglich ist, ob zur Ausschaltung des § 176 HGB auch die Höhe der Haftungssumme der einzelnen Kommanditisten eingetragen sein muß. Schilling bejaht diese Frage. Er entnimmt seine Auffassung dem § 172 Abs. 1 HGB, wonach für die Beschränkung der Haftung auch

---

1.) Heymann/Kötter, § 176, Anm. 2
2.) ROHG 23, 280
3.) Schlegelberger/Geßler, § 176, Anm. 3;
    RGRK - Schilling, § 176, Anm. 4
4.) RGRK - Schilling, § 176, Anm. 4

bei der schon bestehenden, eingetragenen KG die Haftungssumme eingetragen sein muß 1.). Anderer Ansicht ist Geßler, der meint, es reiche nach § 176 HGB die Eintragung der Kommanditisteneigenschaft 2.). Er übernimmt dabei die Auffassung von Weipert aus der Vorauflage des Großkommentars, in der das Erfordernis der Eintragung der Haftungssumme für den Ausschluß der Anwendung des § 176 HGB abgelehnt wird, da die Eintragung der Haftungssumme nur die Wirkung habe, daß nach der Eintragung die Haftung der Kommanditisten durch den in der Eintragung angegebenen Betrag bestimmt werde 3.).

Die richtige Antwort auf diese Frage liegt in der Auffassung, daß die Eintragung einer bestimmten Haftungssumme nicht notwendig ist, die unbeschränkte Haftung nach § 176 Abs. 1 HGB auszuschließen. Das ergibt sich vor allem aus dem Sinn und Zweck der Norm, Gutglaubensschutz zu gewähren 4.). Die Eintragung der Stellung als Kommanditist reicht aus, den guten Glauben daran, daß man es mit einem unbeschränkt haftenden Gesellschafter zu tun hat, zu beseitigen.

2. Die Ausgestaltung der Haftung nach § 176 Abs. 1 HGB

2.1 Der Kommanditist, der der Aufnahme des Geschäftsbetriebes zugestimmt hat, und dessen Beteiligung als Kommanditist dem Geschäftsgegner nicht bekannt war, haftet nach § 176 Abs. 1 HGB unbeschränkt. Die Zustimmung der Kommanditisten, die oben schon einmal erwähnt wurde, ist also jedenfalls zur Entstehung der persönlichen unbeschränkten Haftung des einzelnen Kommanditisten erforderlich 5.). Diese Zustimmung

---

1.) RGRK - Schilling, § 176, Anm. 4
2.) Schlegelberger/Geßler, § 176, Anm. 3
3.) RGRK - Weipert, § 176, Anm. 4
4.) s. unten S. 89
5.) Heymann/Kötter, § 176, Anm. 2

braucht nicht ausdrücklich zu geschehen, eine konkludente Zustimmung reicht aus 1.). Allerdings liegt wohl im Abschluß des Gesellschaftsvertrages allein noch keine Zustimmung. Erst, wenn im Vertrag nichts über den Geschäftsbeginn gesagt ist und anzunehmen ist, daß dieser unmittelbar nach Vertragsschluß erfolgen soll, liegt auch im Abschluß des Gesellschaftsvertrages eine schlüssige Zustimmung 2.). A.A. ist hier Kötter, der in keinem Falle im Abschluß des Gesellschaftsvertrages die Zustimmung zum Geschäftsbeginn sehen will 3.). Ihm geht die Auffassung der h. M. zu weit. Hier ist der h. M. zu folgen, da gerade das von Geßler erwähnte Beispiel zeigt, daß es durchaus Fälle geben kann, in denen im Abschluß des Gesellschaftsvertrages eine schlüssige Zustimmung zur Geschäftsaufnahme gesehen werden kann.

Hat der Kommanditist in irgendeiner Form der Geschäftsaufnahme zugestimmt, so bezieht sich seine unbeschränkte Haftung auf alle Verbindlichkeiten, die von seiner Zustimmung an bis zur Eintragung der KG entstanden sind 4.).

2.2 Der Kommanditist, der der Aufnahme des Geschäftsbetriebes zugestimmt hat, und dessen Beteiligung als Kommanditist dem Geschäftsgegner bekannt war, haftet nicht unbeschränkt nach § 176 Abs. 1 HGB. Das ergibt sich aus dem Wortlaut des Gesetzes. Der Geschäftsgegner muß positive Kenntnis vom Kommanditistenstatus haben, "Kennen - Müssen" reicht nicht aus 5.). Die positive Kenntnis braucht sich nur auf die Kommanditisteneigenschaft zu beziehen. Nicht notwendig ist, daß

1.) RGZ 128, 180
2.) RGZ 128, 180; Schlegelberger/Geßler, § 176, Anm. 2
3.) Heymann/Kötter, § 176, Anm. 2
4.) Schlegelberger/Geßler, § 176, Anm. 5
5.) Bandasch, § 176, Anm. 1; Baumbach/Duden, § 176, Anm. 1 B; RGRK - Schilling, § 176, Anm. 11

der Geschäftsgegner auch die Höhe der Einlage kennt 1.). Der Kommanditist muß beweisen, daß der Geschäftsgegner positive Kenntnis von seiner Kommanditisteneigenschaft hatte 2.).

2.3 Hat der Kommanditist der Aufnahme des Geschäftsbetriebes nicht zugestimmt, haftet er nicht unbeschränkt nach § 176 Abs. 1 HGB 3.). Zu überlegen ist jedoch, ob nach Geschäftsaufnahme durch die Komplementäre nicht auch bei dem Kommanditisten, der der Geschäftsaufnahme nicht zugestimmt hat, eine beschränkte Haftung nach § 171 HGB eintritt. Das dürfte jedenfalls dann zutreffen, wenn man für die Aufnahme des Geschäftsbetriebes und damit den Beginn der Außenwirksamkeit der KG die Zustimmung der Komplementäre, die nach dem Gesellschaftsvertrag in der Regel ja die Geschäfte der Gesellschaft führen und sie nach außen hin vertreten, ausreichen läßt. Voraussetzung dürfte allerdings zudem sein, daß der Kommanditist später der Geschaftsaufnahme zugestimmt hat oder die KG eingetragen ist 4.). A. A. ist Geßler. Das rührt daher, daß er die Zustimmung sämtlicher Komplementäre und Kommanditisten zur Wirksamkeit der Geschäftsaufnahme für erforderlich hält 5.).

2.4 Die Meinungen in Literatur und Rechtsprechung gehen weit auseinander, wenn es um den Haftungsumfang der vor Eintragung nach § 176 Abs. 1 HGB unbeschränkt haftenden

---

1.) RGZ 12, 135; 128, 183;
2.) RGRK - Schilling, § 176, Anm. 11, der auf den Wortlaut des Art. 163, Abs. 2 ADHGB verweist, in dem diese Forderung noch ausdrücklich aufgestellt war.
3.) Schlegelberger/Geßler, § 176, Anm. 5; RGRK - Schilling, § 176, Anm. 10
4.) Heymann/Kötter, § 176, Anm. 1
5.) Schlegelberger/Geßler, § 176, Anm. 5

Kommanditisten geht. Die eine Richtung ist der Auffassung, daß diese unbeschränkte Haftung nur für den Geschäftsverkehr gelte und im nichtrechtsgeschäftlichen Verkehr der Kommanditist immer nur beschränkt hafte 1.). Das LG Osnabrück begründet diese Auffassung damit, daß im Falle des § 176 Abs. 1 der Kommanditist nur unbeschränkt hafte, wenn seine Beteiligung als Kommanditist dem Geschäftsgegner nicht bekannt war. Daraus ergebe sich, daß der Schutz des § 176 HGB nur auf Schuldverhältnisse Anwendung finde, für deren Begründung die Kenntnis oder Unkenntnis der Haftungsverhältnisse ursächlich sein könne. Das sei jedoch nur bei Schuldverhältnissen der Fall, die auf rechtsgeschäftlicher Grundlage beruhten, nicht aber bei solchen, die unabhängig von der Entschließungsfreiheit des Berechtigten und seiner Möglichkeit, das Geschäft inhaltlich zu beeinflussen, kraft Gesetzes entstünden 2.).

Anderer Ansicht sind vor allem Weipert und ihm folgend Schilling, die die unbeschränkte Haftung der Kommanditisten nach § 176 HGB auf Verbindlichkeiten jeder Art, auch aus unerlaubter Handlung und ungerechtfertigter Bereicherung, ausdehnen wollen 3.). Der Schutzgedanke des § 176 HGB erfordere keine Einschränkung der Haftung. Die unbeschränkte Haftung beruhe auf dem freien Willen der Kommanditisten, die ihre Zustimmung zum Geschäftsbeginn gegeben hätten. Mit Abgabe dieser Zustimmung müßten sie damit rechnen, daß auch einmal im Zusammenhang mit dem Geschäftsbetrieb eine unerlaubte Handlung vorkommen könne, für die sie unbeschränkt haften müßten.

1.) Schlegelberger/Geßler, § 176, Anm. 5; Düringer/Hachenburg, § 176, Anm. 6; LG Osnabrück, Nds. RPfl. 1959, 274

2.) LG Osnabrück, Nds. RPfl. 1959, 275

3.) RGRK - Weipert, § 176, Anm. 12; RGRK - Schilling, § 176, Anm. 12

Mir scheint die Auffassung von Geßler und dem LG Osnabrück vorzugswürdig zu sein. Mit den Worten von Weipert könnte man gegen seine eigene Auffassung argumentieren; denn der Schutzgedanke des § 176 HGB, dem gutgläubigen Rechtsverkehr Schutz zu gewähren, erfordert keine Ausweitung der Rechtscheinshaftung auf unerlaubte Handlungen und ungerechtfertigte Bereicherungen.

2.5 Übereinstimmend stellen die verschiedenen Meinungen fest, daß § 176 HGB nur im Verhältnis zum Dritten, nicht aber für Ansprüche der Gesellschafter gegen die Gesellschaft und gegen Mitgesellschafter aus dem Gesellschaftsverhältnis gilt 1.).

3. Das Verhältnis zu § 15 HGB

Auch bei der Frage des Verhältnisses zu § 15 HGB gibt es verschiedene Auffassungen in der Literatur. So wollen Flechtheim und Ritter § 15 HGB auf die Zeit zwischen Eintragung und Bekanntgabe der Eintragung anwenden, was zur Folge hätte, daß die unbeschränkte Haftung weiter zur Geltung käme, wenn der Kommanditist nicht nachweisen könnte, daß dem Geschäftsgegner die kommanditistische Haftung bekannt war 2.). Beide wollen darüber hinaus sogar noch § 15 Abs. 2 HGB anwenden, d. h., selbst nach der Bekanntgabe der Eintragung die unbeschränkte Haftung weiter gelten lassen, sofern der Gesellschaftsgläubiger beweisen kann, daß er die Stellung des Schuldners als Kommanditist weder kannte noch kennen mußte. Begründet wird das mit dem Sinn und

---

1.) RGRK - Schilling, § 176, Anm. 13;
Schlegelberger/Geßler, § 176, Anm. 6

2.) Düringer/Hachenburg, § 176, Anm. 4; Ritter, § 176, Anm. 2 d

Zweck des Gesetzes, wobei auf diesen Sinn und Zweck bei beiden Autoren nicht näher eingegangen wird.

Diese Auffassung kann nicht richtig sein; neben § 176 Abs. 1 HGB gibt es keinen Platz mehr für die Anwendung des § 15 HGB 1.). Die §§ 121, 172 und 176 HGB regeln die Haftung der Kommanditisten abschließend. § 176 Abs. 1 HGB muß als lex specialis zu § 15 Abs. 1 HGB gesehen werden. Dafür spricht insbesondere auch, daß § 15 gesetzessystematisch im allgemeinen Teil des HGB steht und § 176 im besonderen Teil angeführt wird. Der Kommanditist soll unter bestimmten Voraussetzungen also nach § 176 Abs. 1 HGB bis zur Eintragung der Gesellschaft unbeschränkt haften, keinesfalls aber darüber hinaus bis zur Bekanntgabe der Eintragung.

4. Sinn und Zweck des § 176 HGB

4.1 Wie oben schon mehrfach angesprochen, stellt § 176 HGB eine Schutzvorschrift zugunsten des gutgläubigen Dritten dar, der mit einer KG mit Grundhandelsgewerbe vor Eintragung kontrahiert 2.). Die Kommanditgesellschaft, die ein Grundhandelsgewerbe betreibt, entsteht als Innenkommanditgesellschaft mit Abschluß des Gesellschaftsvertrages 3.). Als Außenkommanditgesellschaft wird sie mit Geschäftsbeginn wirksam, wie oben schon festgestellt wurde. Mangels Eintragung ist nach außen hin aber nicht erkennbar, ob die Gesellschaft eine OHG oder KG ist und ob der einzelne Gesellschafter der KG Kommanditist oder Komplementär ist. Hier schützt

---

1.) Schlegelberger/Geßler, § 176, Anm. 12;
RGRK - Schilling, § 176, Anm. 5;
RGRK - Weipert, § 176, Anm. 5

2.) Schlegelberger/Geßler, § 176, Anm. 1;
Jacobi in Jherings Jahrbuch, Bd. 70, 320

3.) s. o.

§ 176 HGB den gutgläubigen Dritten und behandelt jeden Gesellschafter vor Eintragung, der der Geschäftsaufnahme und damit dem Wirksamwerden der Außenkommanditgesellschaft zugestimmt hat, wie einen persönlich haftenden Gesellschafter 1.). Wenn hier vom gutgläubigen Dritten die Rede ist, dann bedeutet Gutgläubigkeit nach § 176 HGB mehr als z. B. Gutgläubigkeit nach § 932 BGB. Gutgläubig im Sinne von § 176 HGB ist jeder Dritte, der nicht positiv die Kommanditisteneigenschaft des Gesellschafters, den er in Anspruch nimmt, kennt 2.).

4.2 Neben der Gewährung des Gutglaubensschutzes übt § 176 HGB Zwang auf den Kommanditisten aus, die Eintragung der Kommanditgesellschaft voran zu treiben. Je früher die Eintragung erfolgt, um so eher entfällt die unbeschränkte Haftung nach § 176 HGB, falls der Kommanditist der Geschäftsaufnahme zugestimmt hat. Das Reichsgericht nennt die Vorschrift des § 176 ein "gesetzliches Mittel, um auf die Erfüllung einzuwirken" (Erfüllung = Eintragung der Gesellschaft), das als zivilrechtliche Strafe der Nichtbefolgung wirkt" 3.) Schilling spricht vom strafähnlichen Charakter des § 176, aus dem allerdings lediglich die Folgen des § 176 gezogen werden könnten 4.).

Keine Strafvorschrift will Beyerle in § 176 HGB sehen. Der Geschäftsbeginn einer Kommanditgesellschaft sei eine legale Möglichkeit, die zudem im § 123 Abs. 2 HGB als solche erwähnt werde. Daher könne keinesfalls davon gesprochen werden, daß das HGB den Geschäftsbeginn vor Eintragung mißbillige. Auch die Tatsache, daß bei der KG vor Eintragung weder

---

1.) Schlegelberger/Geßler, § 176, Anm. 2

2.) s. o.

3.) RGZ 128, 181 mit Hinweisen auf Staub - Pinner, § 161, Anm. 4; 162, Anm. 1, 16; Flechtheim in Düringer/Hachenburg, § 176, Anm. 2

4.) RGRK - Schilling, § 176, Anm. 2

das Gesellschafts-, noch das Haftungsverhältnis erkennbar sei, könne nicht zu einer Strafe, sondern lediglich zu einer Rechtscheinshaftung führen. Im übrigen sei es unverständlich und widerspreche es grundgesetzlichen Regeln, wenn nur der Kommanditist, nicht aber der Komplementär für die noch nicht erfolgte Eintragung bestraft werde. Wenn § 176 HGB immer noch als Strafvorschrift angesehen werde, sei weiter danach zu fragen, ob der verfassungsrechtliche Grundsatz der Bestimmtheit der Strafe eingehalten sei; in § 176 HGB werde noch nicht einmal ein Strafrahmen angegeben. Auch ein Vergleich mit zivilrechtlichen Strafvorschriften, wie z. B. den §§ 654; 817, S. 1 und 817, S. 2 BGB sei nicht sinnvoll, da diese Vorschriften ein vorsätzliches, treuwidriges Verhalten, bzw. das Wissen und Wollen eines Gesetzesverstoßes voraussetzen 1.). Da bei § 176 HGB die Vorwerfbarkeit aber keine Rolle spiele, könne darin keine Strafvorschrift - auch keine zivilrechtliche - gesehen werden 2.).

Dieser Auffassung von Beyerle ist zu folgen. Es liegt tatsächlich kein Grund vor, bei § 176 HGB von einer zivilrechtlichen Strafvorschrift zu sprechen. Der Geschäftsbeginn vor Eintragung ist eine Möglichkeit, die das Gesetz vorsieht. Eine Eintragungspflicht vor Geschäftsaufnahme gibt es nicht. Erst nach Geschäftsbeginn besteht die Pflicht, die Gesellschaft alsbald eintragen zu lassen 3.). Erfolgt die alsbaldige Eintragung nach Geschäftsbeginn nicht, tritt § 14 HGB als Ordnungsstrafvorschrift ein 4.). Daneben hat eine § 176 HGB entnommene Strafvorschrift keinen Platz. Daher ist in § 176 HGB lediglich eine Regelung der Rechtscheinshaftung zu sehen.

1.) BGHZ 50, 90
2.) Beyerle, Der Betrieb 1973, 557 ff.
3.) Düringer/Hachenburg, § 176, Anm. 2;
    RGRK - Weipert, § 106, Anm. 3
4.) s. o. § 2

5. Zusammenfassung

Erste Voraussetzung der Haftung nach § 176 HGB ist, daß die Kommanditgesellschaft "Mußkaufmann" nach § 1 Abs. 2 HGB ist. Darüber hinaus muß die Gesellschaft ihre Geschäfte schon begonnen haben. Geschäftsaufnahme bedeutet Durchführung irgendeines Geschäftes unter der Firma der Gesellschaft, auch eines Vorbereitungsgeschäftes. Dabei muß zum Wirksamwerden der Geschäftsaufnahme die Zustimmung der Komplementäre vorhanden sein. Die Zustimmung der Kommanditisten zur Geschäftsaufnahme ist Voraussetzung für ihre persönliche, unbeschränkte Haftung nach § 176 HGB.

Die unbeschränkte Haftung tritt nicht ein, wenn der Geschäftsgegner die Kommanditisteneigenschaft des Gesellschafters, den er in Anspruch nehmen will, positiv kannte. Ein "Kennen-Müssen" reicht nicht aus. Die positive Kenntnis braucht sich nur auf die Kommanditisteneigenschaft zu beziehen; es ist nicht notwendig, daß der Geschäftsgegner auch die Höhe der Einlage kannte. Aus dem Schutzgedanken des § 176 HGB heraus ergibt sich, daß die unbeschränkte Haftung nur für den Geschäftsverkehr gilt. Der Kommanditist haftet im nichtrechtsgeschäftlichen Bereich aus §§ 812 und 823 BGB nur beschränkt.

Über § 176 HGB hinaus hat eine Haftung nach § 15 HGB keinen Raum. § 176 HGB regelt die Haftung der Kommanditisten vor Eintragung abschließend. § 176 ist lex specialis zu § 15; daher haften die Kommanditisten in der Zeit zwischen Eintragung und Bekanntmachung der Eintragung nicht mehr unbeschränkt.

§ 176 HGB ist eine Schutzvorschrift zugunsten des gutgläubigen Dritten, der mit einer KG mit Grundhandelsgewerbe vor Eintragung kontrahiert. Zwar ist es richtig, daß durch die unbeschränkte Haftung vor Eintragung ein gewisser Zwang auf die Kommanditisten ausgeübt wird, auf baldige Eintragung hinzuwirken, doch kann man nicht - wie es die h. M. tut -

in § 176 eine zivilrechtliche Strafvorschrift zu sehen. Der Geschäftsbeginn vor Eintragung ist eine legale Möglichkeit. Da aber eine Strafvorschrift - auch eine zivilrechtliche - Vorwerfbarkeit beinhaltet, die hier nicht gegeben ist, ist der Auffassung zu folgen, die den Sinn und Zweck des § 176 HGB auf den Gutglaubensschutz beschränkt wissen will.

§ 9 Sinn oder "Un"-Sinn der Sonderbehandlung der Kommanditgesellschaft mit einem Grundhandelsgewerbe nach § 1 Abs. 2 HGB

In den vorstehenden Paragraphen ist mehrfach von einer unterschiedlichen Behandlung der Kommanditgesellschaften mit und ohne Grundhandelsgewerbe die Rede gewesen. So wurde in § 3 festgestellt, daß eine KG ohne Grundhandelsgewerbe erst mit Eintragung zur Entstehung gelange, während die Gesellschaft mit Grundhandelsgewerbe mit Abschluß des Gesellschaftsvertrages entstehe. Darüber hinaus gibt es einen deutlichen Unterschied bei dem Beginn der Außenwirksamkeit der Gesellschaft. Die KG mit Grundhandelsgewerbe wird schon mit der Geschäftsaufnahme nach außen hin wirksam, während die Gesellschaft ohne Grundhandelsgewerbe erst mit Eintragung Außenwirksamkeit erlangt. Eine der wichtigsten Unterscheidungen liegt in § 176 Abs. 1, S. 2 HGB, wonach die unbeschränkte Haftung der Kommanditisten vor Eintragung nicht zur Anwendung kommt, wenn es sich um eine Gesellschaft ohne Grundhandelsgewerbe handelt.

Zu überlegen ist, ob diese Unterscheidung von Kommanditgesellschaften mit Grundhandelsgewerbe und ohne Grundhandelsgewerbe, ob letztlich die Unterscheidung in "Muß-" und "Sollkaufleute" sinnvoll ist, wobei noch einmal darauf hingewiesen werden soll, daß die Unterscheidung gerade auch

bei der KG erhebliche Auswirkungen hat und der Beantwortung der Frage im Rahmen dieser Arbeit eine große Bedeutung zukommt.

1. Sinn und Zweck der Aufzählung der Grundhandelsgewerbe in § 1 Abs. 2 HGB

1.1 Um den § 1 Abs. 2 HGB verstehen zu können, muß man sich zunächst seine Geschichte vor Augen halten. Dabei ist Ausgangspunkt das "Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch" ADHGB, das 1871 im gesamten Deutschen Reich Gültigkeit erhielt. Nach diesem Gesetz war Kaufmann, wer eines der in den Art. 271 und 272 aufgeführten Handelsgeschäfte betrieb 1.). Die in den beiden Artikeln verzeichneten Handelsgeschäfte machen heute - mit unwesentlichen Abweichungen - die Liste des § 1 Abs. 2 HGB aus. Einen mit dem heutigen § 2 HGB vergleichbaren Artikel kannte das ADHGB nicht.

Bei der Beratung des heute geltenden HGB im Jahre 1879 diskutierte man ausführlich darüber, ob man den in Art. 271 und 272 ADHGB enumerativ aufgeführten Kreis von Handelsgeschäften erweitern solle, da einige neue Gewerbe hinzugekommen waren, die den alten "Grundhandelsgeschäften" vergleichbar waren. Das Kriterium der Vergleichbarkeit war dabei die Notwendigkeit, im kaufmännischen Bereich eine rasche und sicherei Abwicklung der Geschäfte zu gewähren und im Interesse aller Beteiligten eine gewisse Übersichtlichkeit und Erkennbarkeit der geschäftlichen Verhältnisse des Unternehmens herbeizuführen 2.). In den Kommentaren zum ADHGB wurden die Handelsgeschäfte der Art. 271 und 272

1.) Wessel, Ist unser Firmenrecht reformbedürftig? BB 1969, 885

2.) Denkschrift zu dem Entwurf eines Handelsgesetzbuches und eines Einführungsgesetzes in der Fassung der dem Reichstag gem. Vorlage, 1897, S. 6

dadurch charakterisiert, daß sie auf dem "Grundgedanken der Spekulation" beruhten 1.). Da die Ergänzung der durch das ADHGB mit den Art. 271 und 272 geschafften Kasuistik aber - jedenfalls mit Blick auf die Praxis - nicht vollständig sein würde, entschloß man sich 1879 dazu, es bei der enumerativen Aufzählung der bisherigen Grundhandelsgewerbe zu belassen und zusätzlich allen die Kaufmannseigenschaft zuzuerkennen, deren Unternehmen nach Art und Umfang einen nach kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erforderten und deren Firma in das Handelsregister eingetragen war 2.). Der Kaufmann nach § 2 HGB, der von dem ein Grundhandelsgewerbe betreibenden unterschieden wird, ist also dadurch entstanden, daß man 1879 statt einer Ausweitung des Katalogs der Grundhandelsgewerbe oder eine Abschaffung dieses Katalogs den Weg wählte, neben den Katalog des § 1 Abs. 2 die Generalklausel des § 2 HGB zu setzen.

Aus dieser geschichtlichen Entwicklung heraus ergibt sich, daß die Unterscheidung zwischen dem ein Grundhandelsgewerbe nach § 1 Abs. 2 HGB betreibenden "Mußkaufmann" und dem "Sollkaufmann" nach § 2 HGB 3.) keinen Sinn hat. Der Katalog des § 1 Abs. 2 wurde schon in der oben mehrfach zitierten Denkschrift damit charakterisiert, daß die Aufzählung, wie jede derartige Kasuistik, an einer gewissen Willkürlichkeit leide und mit den praktischen Bedürfnissen und den Anschauungen des Verkehrs nicht überall mehr in Einklang stehe 4.). Der Grund, der im ADHGB dazu geführt hatte, die Kaufmannseigenschaft daran zu messen, ob man ein bestimmtes, aufgezähltes Handelsgewerbe betrieb, lag darin, daß es bei Schaffung des ADHGB lediglich diese Handels-

---

1.) v. Hahn, Comm. zum ADHGB, Vorbem. zu Art. 271
2.) Denkschrift 1897, S. 9
3.) Schlegelberger/Hildebrandt, Einl. III, 2 b vor § 1
4.) Denkschrift 1897, S. 6

gewerbe waren, die einer besonderen Regelung durch besondere Gesetze bedurften. Zu diesen damals bekannten Handelsgewerben sind bis heute sehr viele neue hinzugekommen, die mit den alten anhand der oben aufgezeigten Kriterien vergleichbar sind, und die, hätte man im Jahre 1879 eine andere Gesetzestechnik angewandt, heute nicht von den "Grundhandelsgewerben" unterschieden würden. Selbst der BGH führt in seiner Entscheidung vom 13.7.1972 aus, daß es möglich sei, daß die Regelung des § 1 Abs. 2 HGB heute nicht mehr unbedingt befriedige. Er kommt dann allerdings zu demErgebnis, daß die Tatsache der wenig befriedigenden Situation die Rechtsprechung nicht beeinflussen dürfe, sondern daß es Sache des Gesetzgebers sei, für Änderungen zu sorgen 1.).

2. Die Regelung des § 176 Abs. 1 HGB als Grundlage für eine sinnvolle Unterscheidung in "Muß-" und "Sollkaufleute"?

2.1 Wie schon oben ausgeführt, ergibt sich heute aus den §§ 1 Abs. 2 und 3 HGB selbst kein Grund dafür, zwischen "Muß-" und "Sollkaufleuten" zu unterscheiden. Diese Unterscheidung beruht nach dem bisher Festgestellten lediglich darauf, daß der Gesetzgeber bei der Schaffung des HGB nicht den Katalog der Art. 271 und 272 ADHGB um die neuen, 1897 bekannten Handelsgewerbe vergleichbarer Art erweitert hat, sondern statt dessen alle neuen Handelsgewerbe, die denen in den Art. 271 und 272 ADHGB vergleichbar waren, unter die Generalklausel des § 2 HGB gefaßt hat.

1.) BGHZ 59, 182; Der BGH hatte zur Haftung eines Bauunternehmers in der Rechtsform der GmbH u. Co KG vor Eintragung zu entscheiden und stellte dabei fest, daß es wünschenswert sei, dem Bauunternehmer ohne Registereintragung die Kaufmannseigenschaft ebenso zuzuerkenne, wie sie nach geltendem Recht z.B. den Baustoffhändlern zukomme. Schwerdtner, JR 1973, 319

Die Formel des § 2 HGB sieht von der Zugehörigkeit des Betriebes zu einem besonderen, in § 1 Abs. 2 HGB genannten Handelszweig ab und geht vom allgemeinen Begriff des kaufmännischen Unternehmens aus 1.), daher kann man sie als Generalklausel bezeichnen. Möglich könnte aber nun sein, daß sich gerade aus § 176 Abs. 1 HGB die unterschiedliche Behandlung von "Muß-" und "Sollkaufmann" begründen läßt.

2.2 Sollte sich der Unterschied zwischen "Muß-" und "Sollkaufmann" aus § 176 Abs. 1 HGB begründen lassen, müßte diese Begründung aus dem Sinn und Zweck der Norm hervorgehen, der darin liegt, den gutgläubigen Verkehr mit der nach Geschäftsaufnahme außenwirksamen Kommanditgesellschaft zu schützen. Die Frage, die hier beantwortet werden muß, lautet somit: Ist der gutgläubige Rechtsverkehr schützenswerter, der mit einer ein Grundhandelsgewerbe betreibenden Gesellschaft in Geschäftsbeziehungen treten will, als der, der mit "Sollkaufleuten" kontrahiert? Die Antwort kann mit dem Beispiel der vielen Bauträgergesellschaften gegeben werden, die nicht zu den Grundhandelsgewerben gehören 2.) und die vor allem in den Jahren 1970 bis 1974 dem gutgläubigen Rechtsverkehr erhebliche Schwierigkeiten gemacht haben 3.). Man könnte umgekehrt sogar sagen, daß der Rechtsverkehr vor einigen der Grundhandelsgewerbe weniger geschützt werden muß als vor anderen Handelsgeschäften. Daher ist auch aus § 176 Abs. 1 HGB keine unterschiedliche Behandlung von Gesellschaften mit Grundhandelsgewerbe und solchen, die "Sollkaufleute" sind, gerechtfertigt.

1.) Capelle, Handelsrecht, S. 15

2.) Art. 275 ADHGB hat die Verträge über unbewegliche Sachen ausdrücklich von den Handelsgeschäften ausgenommen.

3.) s. BGH NJW 73, 1691 f. a.

3. Entwicklung in der neueren Literatur

In der neueren Literatur wird immer wieder gefordert, aus den oben genannten Gründen die den §§ 1 bis 7 HGB zugrundeliegende Konzeption zur Abgrenzung der einzelnen Kaufmannsarten aufzugeben und im Rahmen einer Änderung des Handelsgesetzbuches einen einheitlichen Begriff für das Handelsgewerbe zu finden, das dann auch einheitlich behandelt werden soll.

So will Raisch 1.) statt der verschiedenen Handelsgewerbe oder Kaufmannstypen das "Unternehmen" und den "Unternehmer" als Rechtsbegriffe einführen. Dabei geht er von der Definition des Handelsgewerbes in § 2 HGB aus, die er allerdings nicht für ausreichend für die Bestimmung des Unternehmens hält. Das Merkmal des "in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetriebes" reicht ihm nicht aus. Seiner Ansicht nach müssen fünf weitere notwendige Merkmale hinzukommen:

a) die Selbständigkeit als Abgrenzungsmerkmal zum unselbständigen Arbeitnehmer,

b) das Angebot des Unternehmens an die Allgemeinheit 2.),

c) das Angebot wirtschaftlich werthafter Leistungen 3.),

d) das Vorhandensein einer organisierten Wirtschaftseinheit,

e) die Dauer, auf die das Unternehmen angelegt ist.

Wessels 4.) ist der Auffassung, daß jeder Gewerbetreibende kraft Gesetzes Kaufmann sein sollte; dabei will er ledig-

---

1.) P. Raisch, Geschichtliche Voraussetzungen, Dogmatische Grundlagen und Sinnwandlungen des Handelsrechts, 1965, S. 179 ff.

2.) Das Unternehmen darf nicht nur für den Eigenbedarf produzieren

3.) Abgrenzung zu Berufsverbänden u.a.

4.) Wessels in BB 1969, 887

lich zwischen dem Vollkaufmann, dessen Unternehmen auf Grund des Umfanges eine vollkaufmännische Einrichtung verlange, und der daher zur Eintragung verpflichtet sei, und dem Kleinkaufmann, dem es am Erfordernis der vollkaufmännischen Einrichtung mangele, unterscheiden. Die Eintragung des Vollkaufmannes soll lediglich deklaratorische Wirkung haben. Wessels Vorschlag bezüglich einer Neufassung des Handelsgesetzbuches geht dahin, in einem § 1 festzustellen, daß Kaufmann jeder sei, der ein Gewerbe betreibe. In einem § 2 soll dann eine Einschränkung der Anwendung des Handelsrechtes auf den Kleinkaufmann gemacht werden.

Auch Hildebrandt 1.) befaßt sich mit dem Unternehmensbegriff als "Zentralbegriff des Handelsrechtes". Mit den Abgrenzungen von Raisch ist er der Auffassung, de lege ferenda die Differenzierungen der §§ 1 - 7 HGB aufzugeben und den Geltungsbereich des Handelsrechtes auf alle "Unternehmen" auszudehnen. Die Abgrenzungen der §§ 1 - 7 HGB müßten dann allerdings in die einzelnen handelsrechtlichen Normen aufgenommen werden. Er leitet seine Überlegung in Richtung auf die Anerkennung des Unternehmensbegriffes vor allem auch aus der Notwendigkeit der Vereinheitlichung des Handels- und Wirtschaftsrechtes in der Europäischen Gemeinschaft her, in der andere Mitgliedstaaten diesen Begriff schon eingeführt haben 2.).

Diese Arbeit kann nicht der Rahmen dafür sein, sich an einer Diskussion um die Neufassung der §§ 1 ff. HGB zu beteiligen. Die Ausblicke auf die Auffassungen in der neueren Literatur sollten über das zu Anfang Gesagte hinaus deutlich machen, daß die Unterscheidung in "Muß-" und "Sollkaufleute", in Grundhandelsgewerbe und Handels-

---

1.) Schlegelberger/Hildebrandt, Einl. IV vor § 1

2.) z. B. in Italien, siehe Raisch, Gesellschaftliche Voraussetzungen, ..., S. 146 ff.

gewerbe anderer Art nicht sinnvoll ist und in der heutigen Zeit immer mehr Ablehnung erfährt. Vor allem sollte deutlich werden, daß sich aus dieser Unterscheidung auf keinen Fall die unterschiedliche Behandlung von Kommanditgesellschaften vor der Eintragung, die sich aus §§ 176 Abs. 1, S. 2; 1 Abs. 2 und 3 HGB, sowie aus der Rechtsprechung, die bei der einen KG den Entstehungszeitpunkt und die Außenwirksamkeit früher eintreten läßt als bei der anderen, ergibt, rechtfertigen läßt.

4. Zusammenfassung

Die Unterscheidung in "Muß-" und "Sollkaufleute" nach § 1 Abs. 2 und § 2 HGB ist aus der geschichtlichen Entwicklung dieser Normen zu sehen und zu verstehen. Der Katalog der Grundhandelsgewerbe basiert auf den Art. 271 und 272 des ADHGB. Diese Artikel enthielten alle wichtigen, 1871 bekannten Handelsgewerbe. Bei der Schaffung des HGB im Jahre 1897 hat man nun nicht die damals neuen, mit den Handelsgeschäften der Art. 271 und 272 ADHGB vergleichbaren Gewerbe in den Katalog aufgenommen, sondern hat den Katalog aus den Art. 271 und 272 in § 1 Abs. 2 HGB übernommen und für alle neuen Handelsgewerbe § 2 HGB als Generalklausel geschaffen. Mit dieser Regelung wollte man keinesfalls zwischen Grundhandelsgewerben und anderen Handelsgewerben qualitativ unterscheiden, sondern wollte es sich ersparen, den Katalog der Grundhandelsgewerbe immer wieder zu erweitern, sobald neue, den bisherigen Grundhandelsgewerben vergleichbare Gewerbe in Erscheinung träten.

Auch § 176 Abs. 1 HGB ergibt keinen Sinn für eine Unterscheidung. § 176 HGB dient dem Schutz des gutgläubigen Rechtsverkehrs. Es ist aber keinesfalls so, daß der gutgläubige Rechtsverkehr heute vor den Gesellschaften mit Grundhandelsgewerbe mehr geschützt werden müßte als vor

Gesellschaften ohne Grundhandelsgewerbe. Angesichts der vielen Bauträgergesellschaften in der Form der GmbH u. Co könnte man die Frage stellen, ob gerade vor Gesellschaften ohne Grundhandelsgewerbe mehr geschützt werden müßte.

In der neueren Literatur wird häufig die Meinung vertreten, die verschiedenen Kaufmannsarten der §§ 1 - 7 HGB durch einen einheitlichen Unternehmensbegriff zu ersetzen. Das würde allerdings nur im Wege der Gesetzesänderung geschehen können. Eine richterliche Rechtsfortbildung in dieser Richtung würde die Möglichkeiten der Rechtsprechung überschreiten.

§ 10 Die Vor-GmbH u. Co KG

1. Die GmbH u. Co KG-Gesellschaft zwischen Kapital- und Personengesellschaft

In § 4 haben wir gesehen, daß die Vor-GmbH eine Entwicklung durchgemacht hat, die bei der Auffassung, die Vor-GmbH sei eine BGB-Gesellschaft, begann, und die heute die Vor-GmbH als Sondertyp einer Gesellschaft sieht, der weder BGB-Gesellschaft noch nichtrechtsfähiger Verein ist. Hier soll nun die Vor-GmbH u. Co KG auf die Frage hin untersucht werden, ob sich auch hier eine Entwicklung in Richtung auf den Sondertyp abzeichnet. Die GmbH u. Co KG ist im Rahmen der Arbeit ein besonders gutes Beispiel, weil sie eine Brücke zwischen der Kapitalgesellschaft "GmbH" und der Personengesellschaft "KG" darstellt. Sie ist rechtstechnisch gesehen als KG eine Personengesellschaft, deren persönlich haftender Gesellschafter eine Kapitalgesellschaft ist 1.). Als KG im rechtstechnischen Sinne

---

1.) so schon RG 105, 104 ff.

treten bei ihrer Gründung dieselben Fragen nach der Charakterisierung ihrer Vorgesellschaft auf wie bei anderen Kommanditgesellschaften.

Von dieser rein technischen Sicht abgesehen stellt sich die GmbH u. Co KG zusammen mit der KGaA als Zwischenform zwischen Personenunternehmen und Kapitalgesellschaft dar, da beide Begriffmerkmale des Personenunternehmens einerseits und der Kapitalgesellschaft andererseits enthalten 1.). Im untechnischen Sinne sieht Reinhardt in ihr sogar eine GmbH, da die GmbH in der KG als Komplementärin unbeschränkt haftet, die Gesellschafter der GmbH wiederum aber beschränkt und die Kommanditisten der KG ebenfalls beschränkt, und zwar auf ihre Einlagen 2.). Auch Wiethölter ist der Auffassung, daß die GmbH u. Co KG der Sache nach weniger KG, also Personengesellschaft, als Gesellschaft mit beschränkter Haftung ist. Er sieht in ihr die Überwindung und Überholung von GmbH und KG 3.). Ist die GmbH u. Co KG, der hier aufgezeigten Literatur folgend, näher bei der GmbH als bei der KG anzusiedeln, so könnte man das in § 4 Gesagte auch auf die GmbH u. Co KG anwenden, deren Vorgesellschaft dann ebenfalls Sondertyp einer Gesellschaft wäre.

2. Die GmbH u. Co KG vor Eintragung der GmbH

Hier soll der Verdeutlichung halber davon ausgegangen werden, daß es sich um die Nuegründung einer GmbH u. Co KG handelt und daß die Gesellschaftsverträge der GmbH - unter

---

1.) Böttcher/Beinert/Hennerkes, GmbH u. Co, Die moderne Unternehmensform, 5. Aufl., S. 19
2.) Reinhardt, Gesellschaftsrecht, S. 336
3.) Wiethölter, Die GmbH u. Co KG - Chancen und Grenzen, in Aktuelle Probleme der GmbH u. Co KG, 1967

gleichzeitiger Bestellung eines Geschäftsführers - und der Kommanditgesellschaft zum selben Zeitpunkt geschlossen werden.

2.1 Es liegt zunächst eine Vor-GmbH vor, wie sie in § 4 beschrieben worden ist, ein Sondertyp einer Gesellschaft, der einem Recht untersteht, das aus den im Gesetz oder im Gesellschaftsvertrag gegebenen Gründungsvorschriften oder dem Recht der rechtsfähigen GmbH, soweit es nicht die Eintragung voraussetzt, besteht 1.).

Fraglich ist, ob zu diesem Zeitpunkt auch schon die KG existiert. Die h. M. geht bisher davon aus, daß in einem solchen Falle neben der GmbH-Vorgesellschaft keine weitere Gesellschaft entstanden ist 2.). Der BGH lehnt das Entstehen einer Gesellschaft vor Eintragung der GmbH mit dem Argument ab, daß eine Vorgesellschaft nicht Komplementär einer KG werden kann 3.). Grund dafür sei § 11 GmbHG, wonach eine GmbH vor Eintragung als juristische Person noch nicht besteht.

Eine andere Begründung gibt Schmidt, der ebenfalls zu dem Ergebnis kommt, daß eine Vorgesellschaft nicht Komplementärin einer KG sein kann. Die Vorgesellschaft sei vom historischen Gesetzgeber nicht als handlungs- und haftungsfähiges Gebilde anerkannt worden, sondern erst im Zuge der Rechtsfortbildung zu einem solchen aufgewertet worden. Ziel der Rechtsfortbildung sei gewesen, die Vorgesellschaft zur tauglichen Unternehmensträgerin zu machen. Da die Komplementär-GmbH nun nur Gesellschafterin der KG, nicht aber

---

1.) BGHZ 51, 30 ff.
2.) BGH NJW 74, 1905; BayObLG in GmbH Rdsch. 67, 9, 10
3.) BGH WM 68, 509 ff.

selbst Unternehmensträgerin sei, rechtfertige dieser Stand der Rechtsfortbildung die Anerkennung der Vor-GmbH als Komplementärin nicht 1.).

Schmidt sieht aber in dem Zusammenschluß der Kommanditisten vor Eintragung der GmbH eine Gesellschaft, und zwar eine OHG, wenn diese ein Grundhandelsgewerbe betreibt. Er begründet das damit, daß im Recht der Handelsgesellschaften ein Rechtsformzwang bestehe, der jede Gesellschaft dem OHG-Begriff zuordne, die nicht sämtliche Merkmale einer anderen, haftungsrechtlich weniger strengen Rechtsform einer Außengesellschaft aufweise 2.).

Schwierigkeiten hat Schmidt dann allerdings, wenn er versucht, die nichteingetragene "sollkaufmännische" GmbH u. Co vor Eintragung rechtlich einzuordnen. Zwar wäre sie rechtssystematisch eine BGB-Gesellschaft, jedoch trüge das Recht der BGB-Gesellschaft dem Sondertyp der "Mitunternehmer-BGB-Gesellschaft" zu wenig Rechnung. Auf diese BGB-Gesellschaft müßten jedenfalls Normen des Handelsrechtes angewandt werden, damit sie den Anforderungen, die an den Sondertyp der "Mitunternehmer-BGB-Gesellschaft" gestellt würden, gerecht werde 3.).

Eine Lösung dieses Problems ergibt sich aus zwei verschiedenen Entwicklungen in Rechtsprechung und Literatur. Zum einen sind die Anforderungen an die Gesellschafter einer OHG und den Komplementär einer KG herabgesetzt worden. Während die frühere Rechtsprechung dem Reichsgericht folgend 4.), nur natürliche Personen und juristische Personen

---

1.) K. Schmidt, Haftungsverhältnisse bei werbender Tätigkeit in den Gründungsstadien der GmbH u. Co, NJW 75, 665

2.) K. Schmidt, NJW 75, 669

3.) K. Schmidt, NJW 75, 670

4.) RG 76, 14;

als OHG-Gesellschafter und Komplementäre einer KG akzeptierte, haben die Literatur und heute auch mehrere Gerichte festgestellt, daß auch OHG und KG Gesellschafter einer OHG, bzw. KG sein können 1.). Der Grund für die Öffnung des Gesellschafterkreises liegt in der Tatsache, daß nach § 124 HGB die OHG nach außen hin wie eine juristische Person im Rechtsverkehr unter ihrer Firma als Einheit auftritt und als solche selbständig Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen kann 2.).

Zum anderen wird der GmbH-Vorgesellschaft weitgehend Rechtsfähigkeit zuerkannt, die lediglich die aktive Parteifähigkeit und die Wechselrechtsfähigkeit nicht enthält. So hat sie das Recht zur Firmenführung 3.), sie hat die Fähigkeit, ein auf ihren Namen lautendes Konto zu unterhalten, auf das die Mindesteinzahlungen überwiesen werden 4.). Die GmbH-Vorgesellschaft ist grundbuchfähig 5.). Entsprechend § 50 Abs. 2 ZPO wird ihre passive Parteifähigkeit anerkannt 6.). Zur Zwangsvollstreckung gegen die GmbH-Vorgesellschaft genügt ein gegen die Vorgesellschaft erwirkter Titel (§ 735 ZPO) und ihre Konkursfähigkeit wird entsprechend § 213 KO bejaht 7.).

Durch diese Entwicklung in der Rechtsprechung ist die GmbH-Vorgesellschaft der OHG in Bezug auf § 124 HGB weitgehend angeglichen, daher sollte die Rechtsprechung den konsequenten Schritt tun und der Vorgesellschaft die Fähigkeit zuge-

---

1.) Baumbach-Duden, § 105, Anm. 1 C; RGRK - Fischer, § 105, Anm. 27; OLG Neustadt NJW 64, 1376; LG Bremen, BB 71, 1121

2.) RGRK - Fischer, § 105, Anm. 27

3.) Hachenburg/Ulmer, § 11, Anm. 50

4.) BGHZ 45, 338, 347; BGH WM 1962, 644

5.) BGHZ 45, 338, 348

6.) BAG NJW 63, 680; OLG Hamburg BB 1973, 1505; Ganßmüller, GmbH - Rdsch 1953, 116

7.) BayObLG AG 1966, 132, 136; OLG Nürnberg, AG 1967, 363

stehen, OHG-Gesellschafter oder KG-Komplementär zu werden 1.). Dann nämlich läge bei der GmbH u. Co KG mit Abschluß des Gesellschaftsvertrages und Geschäftsbeginn nach innen wie nach außen trotz fehlender Eintragung jedenfalls dann eine KG vor, wenn sie ein Grundhandelsgewerbe i. S. d. § 1 Abs. 2 HGB betriebe 2.).

Bezüglich der rechtlichen Einordnung der "sollkaufmännischen" GmbH u. Co vor Eintragung der GmbH ist K. Schmidt zu folgen, der jedenfalls eine BGB-Gesellschaft in der Form des Sondertypus der "Mitunternehmer-BGB-Gesellschaft" annimmt.

2.2 Bei der Frage nach den Haftungsverhältnissen vor Eintragung der GmbH sind die Handelndenhaftung und die Gesellschafterhaftung zu unterscheiden. Da, wie zuvor gesagt, auch vor Eintragung der GmbH schon eine KG, bzw. BGB-Gesellschaft als "Mitunternehmer-BGB-Gesellschaft" bestehen kann, wird in Bezug auf die Gesellschafterhaftung vor Eintragung der GmbH auf das in den §§ 6, 7 und 8 Gesagte hingewiesen.

Die Haftung der Handelnden bei der Vor-GmbH u. Co KG ist in zwei BGH-Entscheidungen der letzten Jahre als Problem besonders deutlich geworden 3.). Dabei lag der ersten Entscheidung der Sachverhalt zugrunde, daß der Geschäftsführer der Komplementär-GmbH einer mangels Eintragung noch nicht entstandenen GmbH u. Co KG für diese mehrere Wechsel akzeptiert hatte. Die KG kam später nicht zustande. Bei Abschluß des KG-Vertrages bestand die GmbH schon und war als solche im Handelsregister eingetragen. Dieser Fall ist zwar anders und paßt nicht ganz in das Thema "Haftungsverhältnisse vor Eintragung der GmbH", doch kann an ihm die Haftung

---

1.) s. Hachenburg/Ulmer, § 11, Anm. 102

2.) s. auch § 3

3.) BGHZ 59, 179 und BGH NJW 1974, 1905

des Handelnden sehr gut aufgezeigt werden, um so für die Lösung des zweiten Falles vorbereitet zu sein. Im zweiten Fall, bei der Entscheidung vom 8.7.1974, hatten die Geschäftsführer der Komplementär-GmbH schon vor deren Eintragung einen Architekten beauftragt, eine Bauvoranfrage an das zuständige Baurechtsamt zu richten. In beiden Fällen versuchten die Kläger, ihre Forderungen nicht nur bei der Komplementär-GmbH, sondern auch bei den jeweils Handelnden einzutreiben.

Im ersten Fall verurteilte der BGH die "Scheinkommanditisten" wegen § 176 Abs. 1, S. 2 HGB aus Rechtsscheinsgrundsätzen im Rahmen ihrer vorgesehenen Hafteinlage. Insoweit wird noch einmal auf die Ausführungen in § 7 verwiesen. Darüber hinaus wurde der "Handelnde", der Geschäftsführer, der die Wechsel akzeptiert hatte, nicht mehr nach Art. 8 WG als "vollmachtloser" Vertreter zur Zahlung verurteilt. Hier haftet der Handelnde nicht, weil es nach Auffassung des BGH widersprüchlich wäre, auf der einen Seite die Gesellschafter aus den Wechseln so haften zu lassen, als bestünde die Gesellschaft, und den Unterzeichner der Wechsel so haften zu lassen, als bestehe die Gesellschaft nicht 1.). Nach richtiger Auffassung entspräche eine andere Lösung auch nicht Sinn und Zweck des Art. 8 WG, wonach der Zeichner eines Wechsels Gewähr dafür leisten soll, daß eine wechselmäßige Verpflichtung dessen, den er zu vertreten vorgibt, auch wirklich zustande kommt 2.). In seinem Urteil vom 8.7.1974 geht der BGH davon aus, daß die Komplementär-GmbH noch nicht eingetragen war und daß daher gar keine Gesellschaft bestand 3.). Auf die oben erwähnte Frage, ob eine Vor-GmbH schon Komplementärin einer KG sein kann, ist das Gericht nicht

---

1.) BGHZ 61, 68
2.) BGHZ 59, 186
3.) BGH NJW 74, 1905

weiter eingegangen. Es hat den Bekl. als denjenigen, der dem Kl. den Auftrag erteilt hat, entsprechend § 179 I BGB als vollmachtlosen Vertreter haften lassen. Begründet wird dieses Ergebnis damit, daß die Vorschrift immer dann sinngemäß angewandt werde, wenn jemand im Namen einer nicht existierenden Person einen Vertrag abschließe 1.). Gleichzusetzen sei der Fall, in dem jemand für eine gegründete, aber noch nicht entstandene Handelsgesellschaft auftrete.

Diese Auffassung des BGH wird in der Literatur vielfach kritisiert. So anerkennt beispielsweise Ulmer zwar das Ergebnis, will es jedoch nicht auf § 179 I BGB, sondern auf § 11, Abs. 2 GmbHG gestützt sehen 2.). Er begründet seine Ablehnung damit, daß die Vor-GmbH u. Co KG jedenfalls eine BGB-Gesellschaft sei und als solche von den Organen als Schuldnerin verpflichtet werden könne. Außerdem mache die Ausschaltung des § 179 Abs. 3 BGB dem BGH große Schwierigkeiten 3.). Ulmer will statt des § 179 BGB den § 11 Abs. 2 GmbHG entsprechend anwenden. Diese Analogie könne an die Grundsätze anknüpfen, die der BGH bereits bei seinen Entscheidungen zur analogen Anwendung der §§ 4 Abs. 2, 30 und 31 GmbHG auf die typische GmbH u. Co KG aufgestellt habe. Diese Grundsätze sind die schon oben erwähnten Gedanken, daß die GmbH u. Co KG zwar der Form nach eine Personengesellschaft, der Sache nach jedoch eine GmbH ist 4.).

Ebenfalls für eine Anwendung des § 11 Abs. 2 GmbHG sind Brönner und Bünz 5.).

1.) BGH NJW 74, 1905 mit Verw. auf Soergel-Schultze-v. Lasaulx, BGB, 10. Aufl. § 179, Anm. 9

2.) Hachenburg, GmbHG, § 11, Anm. 104

3.) s. BGH NJW 74, 1906

4.) BGHZ 62, 216, 227

5.) Brönner/Bünz, Die GmbH u. Co KG in Recht und [illegible]

In seiner Kritik am Urteil unterscheidet Schmidt scharf zwischen den Fällen, in denen schon die Vorgesellschaft als Unternehmensträgerin berechtigt und verpflichtet sein soll, und den Fällen, bei denen die Wirksamkeit des Geschäftes nach dem Willen der Parteien auf den Entstehenszeitpunkt der GmbH hinausgeschoben worden ist. In der BGH-Entscheidung in NJW 1974, 1905 stehe nur der erste Fall zur Debatte, der aber jedenfalls nicht über § 179 BGB gelöst werden könne. Allerdings hat Schmidt auch Bedenken gegen die entsprechende Anwendung des § 11 Abs. 2 GmbHG, da diese Analogie nur darauf hinauslaufe, daß die GmbH u. Co KG auch nach außen hin weiter in Richtung auf die Kapitalgesellschaft gedrängt werde. Gerade darin hätten aber früher immer Einwände gegen die Anerkennung der GmbH u. Co KG gelegen 1.).

Die Lösung des Meinungsstreites liegt wohl darin, daß § 11 Abs. 2 GmbHG als Haftungsnorm entsprechend anzuwenden ist. Allerdings muß zuvor genau geprüft werden, ob es ein Handeln für die Vorgesellschaft oder für die später einzutragende Gesellschaft ist, das dann von dieser später nach § 177 BGB genehmigt werden kann. Schmidt kann in seiner Auffassung bezüglich der Ablehnung der analogen Anwendung des § 11 Abs. 2 GmbHG nicht gefolgt werden, da die GmbH u. Co KG als Mischform anerkannt ist und man gerade im Bereich des Gesellschaftsrechtes entsprechend den Notwendigkeiten und Interessen Normen auf Gesellschaften anwenden muß, die an sich für andere Gesellschaftsarten geschaffen wurden.

---

1. Schmidt, Haftungsverhältnisse bei werbender Tätigkeit in den Gründungsstadien der GmbH u. Co KG, NJW 75, 667

3. Die GmbH u. Co KG, nach Eintragung der GmbH, aber vor Eintragung der KG

Nach Eintragung der GmbH gelten die Grundsätze, die oben schon allgemein für die KG vor Eintragung ausgeführt worden sind. So ist die GmbH u. Co KG vor Eintragung nach Rechtsprechung und Literatur nach Abschluß des Gesellschaftsvertrages im Innenverhältnis eine KG und im Außenverhältnis nach Geschäftsaufnahme ebenfalls, wenn sie ein Grundhandelsgewerbe i. S. d. § 1 Abs. 2 HGB betreibt, sonst ist sie vor Eintragung eine BGB-Gesellschaft 1.). Bezüglich der Haftung vor Eintragung wird auf §§ 6, 7 und 8 der Arbeit verwiesen.

4. Zusammenfassung

Die GmbH u. Co KG ist zusammen mit der KG a. A. eine Zwischenform zwischen Personenunternehmen und Kapitalgesellschaft. Rein wirtschaftlich gesehen liegt sie sogar näher bei der Kapitalgesellschaft, der GmbH.

Vor Eintragung der Komplementär-GmbH ins Handelsregister liegt nach Auffassung des BGH noch gar keine Gesellschaft vor, da eine GmbH-Vorgesellschaft nicht Komplementärin einer KG sein könne. In der Literatur dagegen gibt es verschiedene Auffassungen, die unter den Kommanditisten vor Eintragung der GmbH eine OHG sehen wollen, wenn die KG ein Grundhandelsgewerbe nach § 1 Abs. 2 HGB betreiben wird. Werde eine "sollkaufmännische" KG angestrebt, so liege jedenfalls eine BGB-Gesellschaft vor.

1.) s. § 3

Da die GmbH-Vorgesellschaft sich in der Rechtsprechung und Literatur so entwickelt hat, daß sie der OHG in Bezug auf § 124 HGB weitgehend angeglichen ist und eine OHG oder KG Komplementär einer KG sein kann, ist es nur konsequent, auch der GmbH-Vorgesellschaft die Fähigkeit zuzugestehen, Komplementärin einer KG zu sein. Liegt eine "sollkaufmännische" Vor-GmbH u. Co KG vor, so handelt es sich zwar oberflächlich betrachtet um eine BGB-Gesellschaft, die jedoch als Sondertypus der "Mitunternehmer-BGB-Gesellschaft" vorliegt. Gerade bei diesem Sondertypus zeichnet sich eine Entwicklung ab, die darauf hinausläuft, die KG vor Eintragung als Sonderform einer Gesellschaft zu akzeptieren.

Bei der Haftung vor Eintragung der GmbH ist festzuhalten, daß es hier eine Handelndenhaftung geben kann, auf die § 11 Abs. 2 GmbHG entsprechend angewandt wird. Die Anwendung dieser Norm läßt sich vor allem daraus ableiten, daß die GmbH u. Co KG als Mischform der Kapitalgesellschaft GmbH näher steht als der Personengesellschaft KG.

§ 11 Entwicklung der KG vor Eintragung in Richtung auf eine Vorgesellschaft entsprechend der GmbH-Vorgesellschaft

1. Die Merkmale der GmbH-Vorgesellschaft

In § 4 wurde schon einmal beim Vergleich mit der GmbH-Vorgesellschaft die Frage aufgeworfen, ob nicht auch bei der KG vor Eintragung schon etwas rechtlich Eigenständiges, eine Vorgesellschaft, vorliege. Dieser Frage soll hier weiter nachgegangen werden, wobei zunächst nocheinmal die Merkmale der GmbH-Vorgesellschaft festzuhalten sind:

a) Die GmbH-Vorgesellschaft ist eine Organisation eigener Art 1.). "Eigener Art" bedeutet, daß sie sich von den anderen Gesellschaftstypen abhebt.

b) Die GmbH-Vorschriften sind schon anwendbar, soweit diese die Eintragung nicht voraussetzen 2.). Diese schon anwendbaren GmbH-Vorschriften sind Teile eines "Sonderrechts", das auf die Vorgesellschaft zutrifft.

c) Neben den schon erwähnten GmbH-Regeln sind Vorschriften über die BGB-Gesellschaft und den nichtrechtsfähigen Verein Bestandteile dieses Sonderrechtes, sowie vertragliche Regelungen, die im Gesellschaftsvertrag vereinbart worden sind 3.).

Wenn man nun die Behauptung belegen will, nach Rechtsprechung und Literatur sei auch die KG vor Eintragung in einer Entwicklung in Richtung auf eine Vorgesellschaft begriffen, dann müßten diese Kriterien auch auf die KG vor Eintragung entsprechend, d. h., auf die KG zugeschnitten, zutreffen.

2. Anwendung der Grundsätze auf die KG vor Eintragung, die ein Grundhandelsgewerbe betreibt

2.1 Die KG vor Eintragung ist rechtlich gesehen eine Organisation eigener Art, jedenfalls, soweit sie ein Grundhandelsgewerbe nach § 1 Abs. 2 HGB betreibt. Sie ist von den anderen Gesellschaftstypen unterscheidbar, vor allem auch von der KG. Bis zur Eintragung kann sie nämlich nicht KG sein, wie bisher von der Literatur ohne Nachprüfung ange-

---

1.) BGHZ [illegible], [illegible] ff., [illegible]

2.) BGHZ [illegible], [illegible]; [illegible], 342; 45, 338; 51, 30 ff.

3.) BGHZ [illegible], [illegible] ff., [illegible]

nommen wurde, die ich oben in § 3 dargestellt habe 1.). Die Begründung für diese Auffassung liegt in Folgendem: Das Wesen einer KG ist dadurch bestimmt, daß gemäß § 161 Abs. 1 HGB bei einem Teil der Gesellschafter, den Kommandisten, die Haftung auf den Betrag einer Vermögenseinlage beschränkt ist 2.). Wenn nun § 176 Abs. 1 HGB die Kommanditisten vor Eintragung, die der Geschäftsaufnahme zugestimmt haben, unbeschränkt haften läßt, also genauso, wie die Komplementäre, dann ist somit doch für die KG vor Eintragung das, was sie zur KG macht, nämlich die Unterscheidung in zwei Arten von Gesellschaftern, nach ihrer Haftung, entfallen 3.). Damit wäre jedenfalls eine Gesellschaft vor Eintragung, die ein Grundhandelsgewerbe nach § 1 Abs. 2 HGB betreibt, nicht als Kommanditgesellschaft zu qualifizieren.

Gegen diese Folgerung könnte sprechen, daß § 176 HGB offen läßt, daß Kommanditisten der Geschäftsaufnahme nicht zugestimmt haben und so der unbeschränkten Haftung nicht unterliegen; dann gäbe es in der KG vor Eintragung wieder Kommanditisten, die nur beschränkt bzw. gar nicht haften. Daraus kann man aber dennoch nicht die Regel ableiten, daß die KG mit Grundhandelsgewerbe vor Eintragung schon KG ist; denn auch nur ein Fall, in dem alle Vor-Kommanditisten zugestimmt haben, führt wieder zur unbeschränkten Haftung aller Gesellschafter und wirft die Regel über den Haufen 4.).

Die Frage bliebe noch zu stellen, ob eine solche Gesellschaft dann nicht als BGB-Gesellschaft oder gar als OHG

1.) s. Hueck, Recht d. OHG, S. 40; RGRK - Schilling, § 161, Anm. 39; Schlegelberger/Geßler, § 161, Anm. 28

2.) Schlegelberger/Geßler, § 161, Anm. 1; Heymann/Kötter, § 161, Anm. 1

3.) s. auch Beyerle, Der Betrieb 73, 561

4.) Beyerle, Der unbeschränkt haftende Kommanditist, S. 70

zu behandeln wäre. In einem solchen Vorgehen läge ein Schritt rückwärts, der wohl nicht mehr gemacht werden kann, da auf die Gesellschaft, wenn nichts anderes vereinbart wurde, nach h. M. KG-Vorschriften anwendbar sind, und zwar vor allem die Organisationsregeln der KG.

2.2 Die KG-Vorschriften sind schon anwendbar, soweit dies nicht die Eintragung voraussetzt. Das ergibt sich aus der Auffassung, daß im Innenverhältnis jedenfalls bei Abschluß des Gesellschaftsvertrages die KG zur Entstehung kommt 1.) und bei Geschäftsaufnahme mit Zustimmung zumindest der Komplementäre die Außenwirksamkeit eintritt 2.), wobei allerdings die oben wegen § 176 Abs. 1 HGB erwähnten Bedenken beachtet werden sollen. Man könnte nach dem zuvor ausgeführten besser formulieren: "Mit Abschluß des Gesellschaftsvertrages finden im Innenverhältnis und mit Geschäftsaufnahme im Außenverhältnis KG-Regeln auf die Gesellschaft Anwendung". Damit wäre die rechtliche Qualifizierung als KG, so wie sie die bisher h. M. macht, noch nicht vorgenommen.

2.3 Soweit nichts anderes gilt, sind auch bei der KG vor Eintragung die Vorschriften über die BGB-Gesellschaft anwendbar. Das ergibt sich schon aus den §§ 161 Abs. 2, 105 Abs. 2 HGB, die auf die §§ 705 ff. BGB hinweisen.

1.) Hueck, Recht d. OHG, S. 40; RGRK - Schilling, § 161, Anm. 39, RGRK - Fischer, § 105, Anm. 62 a; Schlegelberger/Geßler, § 105, Anm. 47 u. § 161, Anm. 28

2.) Was sich aus § 123 S. 2 HGB ergibt

3. Besonderheiten bei der Anwendung der Grundsätze auf die KG vor Eintragung, die kein Grundhandelsgewerbe betreibt

3.1 Problematisch ist der Fall der KG, die kein Grundhandelsgewerbe nach § 1 Abs. 2 HGB betreibt. In Literatur und Rechtsprechung wurde sie bisher vor Eintragung als BGB-Gesellschaft anerkannt, auf die die dispositiven Regeln des KG-Rechtes Anwendung finden 1.). Auch hier existiert in der Literatur schon eine Entwicklung in Richtung auf die rechtliche Sonderform. So will Canaris sie beispielsweise im Rahmen der Rechtscheinshaftung aus Wechseln haften lassen und begründet das damit, daß es sich bei der KG vor Eintragung um keine gewöhnliche BGB-Gesellschaft handele, sondern um den Sonderfall der Gesellschaft, die als KG auftrete. Aus diesem Grunde liege in seinem Vorschlag auch kein Verstoß gegen das Dogma von der mangelnden Wechselrechtsfähigkeit einer BGB-Gesellschaft 2.).

3.2 Noch weiter geht K. Schmidt, der die KG vor Eintragung die kein Grundhandelsgewerbe betreibt und nach bisheriger Auffassung lediglich BGB-Gesellschaft war, "bürgerlich-rechtliche Kommanditgesellschaft" nennt 3.). Er begründet den Gebrauch dieses Begriffes mit den Organisations- und Haftungsstrukturen der Gesellschaft, die der KG dadurch stark angeglichen sei, daß die Gesellschaft vor Eintragung schon nach KG-Regeln organisiert und auch die Haftung ähnlich dem KG-Recht ausgestaltet sei 4.).

1.) RGRK - Fischer, § 105, Anm. 62 b; RGRK - Schilling, § 161, Anm. 39; Reinhardt, Gesellschaftsrecht, S. 60

2.) Canaris, Anm.... NJW 74, 455

3.) K. Schmidt, Haftungsprobleme der "bürgerlich-rechtlichen Kommanditgesellschaft" Der Betrieb 73, 653 ff.

4.) s. o. § 6 "Die Kommanditgesellschaft vor Eintragung als BGB-Gesellschaft mit beschränkter Haftung"

In einem anderen Zusammenhang nennt Schmidt die KG ohne Grundhandelsgewerbe vor Eintragung eine "Mitunternehmer-BGB-Gesellschaft", die in ihrer Haftungsgestaltung wesentlich von der BGB-Gesellschaft abweiche 1.). In diesem Aufsatz, in dem Schmidt den Ausdruck gebraucht, geht es u.a. um die Wechselrechtsfähigkeit einer KG vor Eintragung, die jedenfalls dann nicht gegeben ist, wenn die Gesellschaft vor Eintragung lediglich als BGB-Gesellschaft zu qualifizieren ist 2.). Schmidt will auf die Mitunternehmer-BGB-Gesellschaft, die unter einer Firma im Geschäftsverkehr auftritt, die Grundsätze anwenden, die beim nichtrechtsfähigen Verein zur Frage der Wechselrechtsfähigkeit aufgestellt wurden: Da der Wechsel schon in Hinblick auf Art. 9 WG gültig sein müsse, wenn auf ihm eine überhaupt mögliche Rechtsperson genannt sei, und da der Vereinsname sogar eine existierende Personenmehrheit bezeichne, würden alle Vereinsmitglieder als Träger des Vereinsvermögens in den Wechselverband einbezogen 3.). Für diese Überlegung spricht Einiges, wobei allerdings zu bemerken wäre, daß die Rechtsprechung noch weit davon entfernt ist, diese Rechtsfortbildung mitzumachen, wie sich aus der Entscheidung des BGH vom 13.7.1972 4.) ergibt, in der lapidar festgestellt wird, daß die sich "unter einer Fehlbezeichnung verbergende BGB-Gesellschaft" nicht wechselmäßig hafte, da sie als BGB-Gesellschaft nicht Träger von Rechten und Pflichten sein könne.

3.3 Der zuvor zitierten BGH-Entscheidung kann man dennoch ein gewisses Unbehagen an der eigenen Auffassung bezüglich der Mitunternehmer-BGB-Gesellschaft entnehmen. Das Gericht

---

1.) K. Schmidt, Wechselrechtsunfähigkeit .. JuS 73, 83
2.) BGHZ 59, 179
3.) Soergel - Schultze - v. Lasaulx, § 54, Rdn. 34 m. w. Nachw.
4.) BGHZ 59, 179 ff.

spricht in seinen Entscheidungsgründen von einer "als Handelsgesellschaft nicht existenten KG", einer "noch nicht existierenden KG" und einer "angeblichen KG"1.). Aus der Wahl dieser Ausdrücke könnte man entnehmen, daß der BGH hier die Problematik gesehen hat, aber offensichtlich noch nicht den Vorstoß wagen wollte, in der KG vor Eintragung etwas anderes oder mehr zu sehen als eine BGB-Gesellschaft.

4. Zusammenfassung und Schluß

An Hand der zur Beurteilung der GmbH-Vorgesellschaft aufgestellten Kriterien läßt sich feststellen, daß zunächst einmal die KG vor Eintragung, die ein Grundhandelsgewerbe nach § 1 Abs. 2 HGB betreibt, in eine Entwicklung in Richtung auf die Vor-KG als Sondertyp einer Gesellschaft eingetreten ist. Wegen der Haftungsregelung des § 176 Abs. 1 HGB kann festgestellt werden, daß die KG vor Eintragung jedenfalls rechtlich noch nicht als KG einzuordnen ist, wie es Rechtsprechung und h. M. in der Literatur heute noch tun. Begriffliche Voraussetzung für die Anerkennung einer Gesellschaft als KG ist, daß es zwei Arten von Gesellschaftern gibt: die beschränkt und die unbeschränkt haftenden. Wegen § 176 Abs. 1 HGB kann es in der KG vor Eintragung ausschließlich unbeschränkt haftende Gesellschafter geben. Statt von einer KG spricht man hier richtiger von einer Gesellschaft, auf die im Innen- wie Außenverhältnis die KG-Regeln anwendbar sind, soweit dies nicht die Eintragung voraussetzt. Damit sind die Parallelen zur Vor-GmbH so deutlich, daß man hier schon von einer Vor-KG sprechen kann.

1.) BGHZ 59, 184, 185

Kompliziert ist es bei der KG vor Eintragung, die kein Grundhandelsgewerbe betreibt. Die h. M. spricht hier noch von einer BGB-Gesellschaft, auf die die dispositiven KG-Regeln Anwendung finden können. In der Literatur ist aber schon eine Entwicklung deutlich, die dazu führen könnte, auch in dieser Gesellschaft einen Typ eigener Art zu sehen. So wird der Gesellschaft, die vor Eintragung unter einer Firma bereits ihre Geschäfte aufgenommen hat, als Mitunternehmer-BGB-Gesellschaft in entsprechender Anwendung der Grundsätze, die beim nichtrechtsfähigen Verein entwickelt wurden, die Wechselrechtsfähigkeit zuerkannt. Schmidt nennt sie in einem Aufsatz "Kommanditgesellschaft des bürgerlichen Rechtes", um so deutlich zu machen, daß es sich nicht lediglich um eine BGB-Gesellschaft handelt. Selbst der BGH läßt durch die Wahl seiner Ausdrücke in seiner Entscheidung vom 13.7.1972 1.) erkennen, daß er die Problematik gesehen hat. Bei der Gesellschaft vor Eintragung, die ein Grundhandelsgewerbe betreibt, kann man wohl schon heute von der Vorgesellschaft sprechen. Die KG vor Eintragung, die ein "sollkaufmännisches" Gewerbe aufnimmt, befindet sich noch mitten in einer Entwicklung, die wohl auch in der Anerkennung der Vorgesellschaft enden wird. Diese Entwicklung könnte nur dadurch unterbrochen werden, daß die Unterscheidung in "Muß-" und "Sollkaufleute" durch eine Novellierung der §§ 1 ff. HGB aufgehoben wird und ein einheitlicher Unternehmensbegriff eingeführt wird, der nur noch in "Voll-" und "Minderkaufleute" einteilt.

1.) BGHZ 59, 179 ff; Schwerdtner, JR 1973, 319

Lebenslauf

Ich, Gerhard Vigener, wurde am 27. Oktober 1946 in Attendorn/Westfalen als Sohn der Eheleute Paul und Martha Vigener geboren. Mein Vater war Rechtsanwalt und Notar in Attendorn. Ich besitze die deutsche Staatsangehörigkeit.

Mein Abitur legte ich am 28. Februar 1966 am Städt. Gymnasium in Attendorn, einer humanistischen Schule, ab. Nach meiner Wehrdienstzeit studierte ich vom Sommersemester 1968 an in Tübingen Rechtswissenschaft. Meine Erste juristische Staatsprüfung bestand ich am 30. November 1972. Anschließend war ich Referendar im Landgerichtsbezirk Stuttgart. Am 24. Juni 1975 legte ich beim Justizprüfungsamt Stuttgart die Zweite juristische Staatsprüfung ab. Bis zum 30. September 1976 war ich dann Rechtsanwalt in Böblingen.

Vom 1. Oktober 1976 bis zum 31. Januar 1978 war ich Regierungsassessor beim Landratsamt Calw. Seit dem 1. Februar 1978 bin ich im Ministerium für Arbeit, Gesundheit und Sozialordnung des Landes Baden-Württemberg in Stuttgart tätig.